
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 759 759


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

PACTUM DE RETROVENDENDO

DROIT FRANÇAIS

DE

LA VENTE A RÉMÉRÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU
Le mercredi 14 mars 1888, à 2 heures

PAR

LOUIS LACOSTE
Avocat à la Cour d'appel
Né à Meyssac (Corrèze)

M. DEMANTE, *Professeur, Président*

Suffragants : MM. RATAUD, MICHEL HENRY, *Professeurs*; JOBBÉ-DUVAL, *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23
1888

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

A MON FRÈRE ET A MES SŒURS

DROIT ROMAIN

DU PACTUM DE RETROVENDENDO

INTRODUCTION

La vente, à Rome, comme tous les autres contrats, pouvait être modifiée par une infinité de pactes. Certains de ces pactes avaient un but commun : celui d'amener à un certain moment l'extinction de la vente.

Parmi eux, les jurisconsultes en distinguaient deux d'une façon particulière, et le Digeste leur consacre un titre spécial. Ces deux pactes étaient l'*in diem addictio* et la *lex commissoria*.

Par l'*in diem addictio*, au Dig. livre 18, titre 2, le vendeur se réservait le droit de vendre la chose à toute autre personne, qui, dans un délai donné, lui offrirait des conditions meilleures.

Par la *lex commissoria*, livre 18, titre 3, le vendeur se réservait le droit de résoudre la vente, si, dans un délai déterminé, le prix ne lui était pas payé.

Outre ces deux pactes, deux autres, sans avoir reçu de dénomination technique, sans avoir fait l'objet d'un titre spécial, mentionnés seulement sous des titres généraux, étaient encore usités.

L'un était ainsi conçu : « *si res ita distracta sit, ut* « *si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condi-* « *tione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione* » loi 3, au titre de *contrahenda emptione.* C'était le pacte par lequel l'acheteur pouvait résoudre la vente, si la chose lui déplaisait. Les interprètes en ont fait le *pactum displicentiæ* et il est devenu notre vente à l'essai.

De l'autre, il en est question au code, sous le titre de *Pactis inter emptorem et venditorem compositiis*, livre IV, titre 54 à la loi 2 d'abord, et à la loi 7 ensuite en ces termes :

Loi 2. « *si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut* « *sive ipsi, sive heredes eorum emptori pretium quando* « *cumque, vel intra certa tempora obtulissent, restituere-* « *tur...* »

Loi 7, « *si a te comparavit is cujus meministi et convenit,* « *ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit* « *res inempta...* »

C'était le pacte par lequel le vendeur se réservait de reprendre la chose vendue, si dans un délai déterminé ou indéterminé il remboursait le prix. Il avait pour principale utilité de conserver les biens dans les familles, tout en étant un instrument de crédit. Le vendeur se depouillait actuellement pour avoir de l'argent ; mais avec l'espérance et la possibilité de reprendre son bien s'il revenait à meilleure fortune.

Nos anciens auteurs, les commentateurs du droit romain au moyen âge, le dénommèrent, comme ils avaient fait du pacte précédent, et en firent le *pactum de retrovendendo* ainsi que Tiraqueau nous l'apprend. « *Quod* « *pactum vulgus de retrovendendo nonnulli dereven-* « *dendo appellant* ». *(Præfat.* n° 1 *de retractu conventionali).*

C'est à l'étude de ce dernier pacte que nous voulons nous consacrer ; elle servira de préface, pour ainsi dire, à celle que nous nous sommes proposée en droit français, car le pacte du réméré n'est pas autre chose que ce pacte dont nous venons de signaler l'existence à Rome.

Quoique l'expression *pactum de retrovendendo* soit peu romaine, quoiqu'elle puisse même prêter à une confusion, quant à la détermination de la nature du pacte, à défaut d'autre, légitimée au reste par l'usage, étant surtout plus commode par sa brièveté que la formule, nous ne continuerons pas moins de l'employer.

Nous diviserons ainsi notre étude :

Chapitre I. — Généralités.

Chapitre II. — Nature du *pactum de retrovendendo.*

Chapitre III. — Délai dans lequel le droit peut-être exercé.

Chapitre IV. — Exercice du droit.

Chapitre V. — Effets du *pactum de retrovendendo.*

Chapitre VI. — Sanction du droit qu'il consacre.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS.

« *Si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta.* » Si dans un certain délai, la somme donnée au vendeur est restituée par lui, que la vente soit considérée comme non avenue. Voilà le *pactum de retrovendendo.*

C'est un pacte fait dans l'intérêt exclusif du vendeur, puisqu'il dispose de l'existence de la vente ; en cela il diffère du pacte que nous avons désigné sous le nom de *pactum displicentiæ*, et qui, lui, au contraire, est fait dans l'intérêt exclusif de l'acheteur.

Il ne diffère pas moins des deux autres, de *l'addictio in diem* et de la *lex commissoria*. Tous les trois, faits dans l'intérêt du vendeur, avaient pour but cependant de lui donner la liberté de mettre fin à la vente : mais, dans le *pactum de retrovendendo*, cette faculté dépendait d'une condition tout-à-fait potestative de sa part, qu'il remboursât le prix ; dans les deux autres au contraire, ce droit dépendait d'une condition qu'il n'était point dans son pouvoir de faire arriver. Dans la *lex commissoria*, il fallait que l'acheteur n'eût pas payé le prix au terme fixé ; dans l'*addictio in diem*, qu'un tiers eût fait une offre plus avantageuse.

Il diffère encore d'un autre pacte usité à Rome, et dont les texte nous établissent l'existence : celui, par lequel le vendeur stipule que si l'acheteur se décide un jour à revendre la chose achetée, il donne la préférence au premier vendeur. « *qui fundum vendidit ut..... si vendat... non alii.. sed sibi distrahat... ex vendito agere poteret* » (Hermogénien l. 75, D livre 181).

« *Sed et si etiam fundum vendidero, ut nulli alii eum*
« *quam mihi venderes actio eo nomine ex vendito est, si*
« *alii vendideres* (Paul l. 21 par 5, D. 19, 1).

Il n'y a, dans cette convention, rien qui ressemble au *pactum de retro*. La vente n'est pas affectée d'une condition potestative de la part du vendeur ; le sort de la vente n'est pas entre ses mains. La vente est parfaite et parfaite pour toujours. L'acheteur reste le maître de garder ou de vendre : seulement, s'il prend ce dernier parti, le vendeur originaire a stipulé qu'il jouerait le rôle d'un acheteur étranger.

D'où le *pactum de retrovendendo* tire-t-il son origine?

Examinons la législation des spartiates, celle du peuple Juif, et la loi de manou. Ce sont les plus connues des législations antiques et voyons, si dans l'une d'elles, le pacte qui fait l'objet de notre étude a été pratiqué.

Loi des spartiates.

Le législateur des spartiates se proposa de maintenir l'égalité entre les citoyens ; croyant atteindre son but, après avoir divisé le terrain en parties égales et assigné à chacun une part, il prohiba l'aliénation d'une façon

absolue. « *Nam Lycurgus universum lacædemoniorum* « *agrum in partes æquales diviserat et singulas civibus forte* « *assignaverat, easdemque inter se augeri, minui, subdi-* « *vidi, venumdari in perpetuum prohiberat* » (Leyser *ad Pandectas* S. P. CXCI p. 426). L'aliénation possible dans cette législation, il ne pouvait être question *de pactum de retrovendendo.*

Loi de Moïse.

D'après Moïse le seigneur aurait dit aux enfants d'Israël que leurs terres ne se vendraient point sous condition de rachat : « *unde cuncta regio possessionis vestræ* « *sub redemptionis conditione vendetur* » (Levitique chap. 25 § 1. verset 24). Le droit de rachat se trouvait ainsi sous-entendu dans toutes les ventes ; il pouvait être exercé indépendamment de toute convention. Et même si le vendeur ne rachetait pas l'immeuble vendu, il lui faisait néanmoins retour l'année du Jubilé ; car cette année tout bien vendu retournait au propriétaire qui l'avait possédé d'abord « *In ipso* (*anno jubileo*) *enim, omnis* « *venditio redhibit ad domminum et ad possessorem pres-* « *linum* » verset 28.

Il n'y n'avait d'exception que pour les ventes de maisons situées dans l'enceinte d'une ville. Ces maisons devaient être rachetées dans l'année, autrement le vendeur n'en recouvrait pas la possession, même après le Jubilé. « *Qui vendiderit domum intra urbis muros, habebit li-* « *centiam redimendi donec unus impleatur annus* » (verset 29 « *Si non redemerit et anni circulus fuerit evolutus,*

« *emptor possidebit eam et posteri ejus in perpetuum, et* « *redimi non poterit etiam in jubileo* » verset 30).

En dehors de cette exception, la règle que l'année du jubilé voyait la fin de toutes les ventes, était absolue. Or comme le jubilé venait périodiquement tous les 50 ans, il en résultait qu'une aliénation ne pouvait être faite pour un temps plus long. Le verset 23 nous en donne la raison : La terre ne se vendra point à perpétuité, dit le seigneur, par ce qu'elle est à moi et que vous êtes des « étrangers à qui je la loue » « *Terra quoque non vendetur* « *in perpetuum, quia mea est et vos advenæ et coloni mei estis.* » Le prix du rachat s'élevait à la somme représentant la valeur des fruits des années qui restaient à courir jusqu'au jubilé.

« *Computabuntur fructus ex eo tempore quo vendidit et* « *quod reliquum est, reddet emptori, sicque recipiet posses-* « *sionem suam.* »

Il était donc variable comme la durée de l'usufruit qu'il représentait et qui faisait l'objet de la revente.

Pouvons-nous considérer cette loi du lévitique comme la source de notre pacte ?

Nous ne le pensons pas. Les mots *rachat et racheter* qui s'y trouvent ne doivent point nous induire en erreur.

Ce qui fait l'objet de la vente comme du rachat, ce n'est point la propriété, mais l'usufruit ; et le prix varie comme la durée de celui-ci. Rien de pareil ne se rencontre dans le *pactum de retrovendendo*.

Dans le droit romain, le vendeur, après l'expiration du délai fixé pour l'exercice du *pactum retrovendendo*, perd

l'espoir de recouvrer sa propriété. Dans la loi juive au contraire, le terme du délai, loin de faire encourir une déchéance au vendeur, lui permet de rentrer de plein droit en possession.

Loi de Manou.

Le livre de la loi de Manou (verset 222 livre 8. *Trad de Loiseleur*) permet, au vendeur de choses non périssables, de reprendre l'objet vendu, dans les 10 jours de la vente.

« Celui, qui ayant acheté ou vendu une chose, dit le « texte, laquelle a un prix fixe, peut rendre ou reprendre « cette chose. »

Là encore, nous ne croyons pas qu'il y ait un droit qui puisse être comparé à celui qui résulte du *pactum de retrovendendo*. Ce délai si bref, dans lequel doit s'exercer cette faculté, ce droit réciproque accordé à l'une et à l'autre partie, nous portent à supposer que c'est tout simplement un *jus pœnitendi* accordé à l'acheteur comme au vendeur. Peut-être même, serait-il plus exact de dire que la vente ne devient définitive, ne se forme en réalité qu'au bout de dix jours. Il n'y a donc ni vente, ni condition résolutoire. Lorsque le dixième jour s'est écoulé sans que les parties aient usé de leur droit, elles sont liées, le contrat est formé; et celle qui refuserait de s'y conformer soit en reprenant la chose vendue ou en la rendant, encourt une peine.

« Mais passé le dixième jour, il ne peut plus ni ren- « dre ni forcer de rendre ; celui, qui reprend par la force « ou oblige à reprendre , doit être puni par le roi d'une « amende de 600 panas (verset 223). »

L'examen rapide de ces trois législations nous amène

à cette conclusion, que nous ne devons pas chercher l'origine du *pactum de retrovendendo* ailleurs que dans le droit romain. C'est une institution qui est apparue d'elle-même sans précédents, lorsque les besoins s'en sont fait sentir.

On trouve, dans l'histoire romaine, rapporté par Tite-Livre, live 31, cap. 13, un exemple remarquable de *pactum de retrovendendo.* L'an 552 de la fondation de Rome, comme le trésor était épuisé par la seconde guerre punique qui venait de se terminer, et que la république se préparait à prendre de nouveau les armes contre les Macédoniens, des citoyens, qui avaient prêté des sommes considérables dont une partie seulement leur avait été rendue, réclamèrent leur entier paiement. Les consuls furent obligés d'avouer la pénurie du trésor et de demander du temps. Mais la plainte des créanciers fut portée devant le sénat ; ils disaient que la république ne pouvait employer à la guerre de Macédoine l'argent emprunté pour vaincre les Carthaginois ; car, les guerres se multipliant ainsi sans cesse, on arriverait à confisquer leur argent.

Le sénat s'émut de la justice de leur réclamation et comme cependant le trésor public était insolvable, il imagina un moyen de concilier la justice avec la nécessité.

Les consuls furent chargés d'estimer parmi les terres appartenant à la république, une portion correspondant à la valeur des créances, et de désintéresser chaque citoyen ; mais on exigea une légère redevance qui devait indiquer que ces champs appartenaient à l'Etat, et on convint que, si le trésor redevenait solvable, il pourrait

reprendre son bien en payant une somme d'argent au propriétaire.

Cette convention n'était autre que le germe et la forme primitive du *pactum de retrovendendo*.

CHAPITRE II

NATURE DU *pactum de retrovendendo*.

Le *pactum de retrovendendo* constitue-t-il une condition résolutoire, ou une simple promesse de revente ?

La question a de l'intérêt. Si *le pactum de retrovendendo* constitue uniquement une promesse de revente, la vente primitive subsistera toujours et ne sera pas détruite par l'exercice que le vendeur fera de son droit. Il y aura une secende vente de la même chose succédant à une première. — Si c'est une condition résolutoire au contraire, la condition étant accomplie, la première vente sera détruite ; il n'y aura pas opération nouvelle, mais les effets, que la première vente avaient produits, cesseront d'exister; les parties devront être remises dans l'état où elles auraient été sans la vente.

A ce premier effet s'en ajoutent d'autres, comme conséquence très importants.

a). Si c'est une promesse de revente, la somme, que le vendeur originaire devra fournir pour exercer son droit, sera une somme représentant la valeur de la chose au moment de l'exercice du droit, ce qui met les risques mêmes partiels à la charge de l'acheteur. Si c'est une condition résolutoire, les parties devant être remises dans l'état où elles auraient été sans la vente, ce sera la somme même que le vendeur a primitivement touchée, ce qui met les risques au moins partiels à la charge du vendeur.

b). — Si c'est une revente, l'action que le vendeur originaire aura pour sanction devrait être l'action *empti*. Si c'est une condition résolutoire ce ne sera jamais l'action *empti*, ce pourra être l'action *venditi*, sinon l'action *præscriptis verbis*

c). — Si c'est une revente, le vendeur originaire n'aura jamais à son service qu'une action personnelle, tandis que, si c'est une condition résolutoire, dans le dernier état du droit pour ceux qui admettent que la propriété à cette époque a pu être transmise *ad conditionem*, il aura même une action réelle.

Quelle est donc la nature du *pactum de retrovendendo* ? A n'en pas douter, il constitue une condition résolutoire.

1° Nous venons de voir que si c'était une promesse de revente, le prix à fournir par le vendeur serait le prix de la chose au moment de l'exercice du droit.

Or c'est le prix d'achat à défaut de convention contraire et non un prix nouveau que doit restituer le vendeur. La loi 12. D. l. 19. t. 5 et surtout la loi 7, C, 4 54 le disent formellement.

Loi 12. *Si vir uxori fundos vendidit et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet* EODEM PRETIO *mulier transcriberet viro.*

Loi 7. *Si a te comparavit is cujus meministi et convenit utsi intra certum tempus soluta fuerit* DATA QUANTITAS.

2° Si le *pactum de retrovendendo* était une promesse de revente, la première vente n'en subsisterait pas moins par les offres du vendeur, or la même loi 7 emploie cette expression peu équivoque *sit res inempta*. C'est-à-dire que la vente soit détruite qu'elle n'existe plus.

3° *Si le pactum de retrovendendo* enfin était une promesse de revente, nous savons encore que l'action, dont il faudrait munir le vendeur, serait l'action *empti ;* car il jouerait le rôle d'acheteur dans cette nouvelle opération. Or aucun texte ne fait même allusion à cette action. Le seul qui parle de la sanction du vendeur la loi 2 C. 4. 54 lui accorde expressément soit l'action *ex præscriptis verbis*, soit l'action *ex vendito.* « .. *Actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur.* »

Le caractère résolutoire apparaît donc clairement.

D'anciens commentateurs du droit romain, Wissemback, Perezius, Lauterback, Helliger, Leyser soutenaient cependant l'opinion contraire, mais leur argumentation paraîtrait bien vieillie, si nous la reproduisions ; toutefois nous voulons exposer une de leurs objections, non pas qu'elle soit plus sérieuse que les autres, mais parce qu'elle nous fournit l'occasion d'étudier un texte.

Leyser, tome 3, p. 431 oppose en effet ce passage de la loi 58, *de Pactis*, ainsi conçu :

« *Illud plane conventioni, quæ pertinet ad resolvendum*
« *id quod actum est, perfici non potest ut tu quod jam ego tibi*
« *præstiti contra præstare mihi cogaris* ; *quia eo modo non*
« *tam hoc agitur ut a pristino negotio discedamus, quam ut*
« NOVÆ QUÆDAM OBLIGATIONES *inter nos constituantur.* »

C'est bien le cas où jamais d'appliquer le mot de Dumoulin : « Je triture les lois romaines de telle façon que j'en fais sortir tout ce qui est nécessaire à ma thèse. » Leyser n'a pas fait autre chose.

De quoi est-il question dans cette loi dont le jurisconsulte a détaché une partie pour lui donner une significa-

tion toute différente de celle qu'elle revêt rapprochée de l'autre.

Il y est question du mutuel dissentiment, de l'accord contraire de volonté : quand le mutuel dissentiment résout-il le contrat, le rend-il nul et non avenu ? A quelles conditions ?

1° Qu'il s'agisse d'un contrat consensuel ; 2° que les choses soient encore entières « *rebus adhuc integris* » dit Neratius.

Mais si les choses ne sont plus entières, si l'une des parties a exécuté son obligation, *quid ?* Et c'est à cette question que le jurisconsulte fait allusion dans la partie finale ! « *Et illud plane conventioni quæ pertinet ad resol-* « *vendum id quod actum est...... ut tu quod jam ego præs-* « *titi contra præstaris mihi cogaris.* »

Et Neratius répond conformément aux principes du droit romain : « *non potest perfici* » on ne peut pas résoudre la vente dans ce cas : « *non tam hoc agitur ut a* « *pristino negotio discedamus quam ut novæ quædam obli-* « *gationes inter nos constituantur.* »

Mais, de ce que le mutuel dissentiment intervenant *rebus non adhuc integris,* ne constitue pas une cause d'extinction des obligations, mais plutôt une convention nouvelle, en peut-on conclure que le *pactum de retrovendendo* ne constitue point une condition résolutoire ?

Quelle corrélation y a-t-il entre ces deux idées, ne forment-elles pas deux questions distinctes ?

CHAPITRE III

DU DÉLAI DANS LEQUEL LE DROIT CONFÉRÉ PAR LE *pactum de retrovendendo* DOIT ÊTRE EXERCÉ

Deux hypothèses sont à examiner : 1° celle où un délai a été prévu par la convention ; 2° celle où aucun délai n'a été marqué.

Première hypothèse. — Un délai a été fixé. Il a été convenu que, si le vendeur voulait reprendre le bien en remboursant le prix, il devrait le faire avant telle époque. Cette hypothèse, est mentionnée par la loi 7, c. 4, 54 : « *Si a te comparavit is, cujus meministi; ut si intra* CERTUM TEMPUS *soluta fuerit data quantitas, sit res inempta....* » Aucun doute dans ce cas, la convention des parties fait leur loi et doit être observée. Si le vendeur veut bénéficier du droit qu'il s'est réservé, il devra l'exercer avant l'arrivée du terme. Après il serait trop tard, les offres qu'il ferait seraient inutiles, il ne pourrait forcer l'acheteur à lui remettre la chose vendue. Si l'acheteur y consentait, ce ne serait plus l'ancienne convention qu'il exécuterait, ce serait une revente.

Deuxième hypothèse. — Les parties ont été muettes sur la question du délai. La faculté de reprendre la chose a été réservée au vendeur sans terme préfixe passé lequel il serait déchu de son droit, ou même elles ont prévu que le vendeur pourrait exercer son droit *in perpetuum*. Dans

ce cas, une idée vient à l'esprit et donne naissance à une sérieuse difficulté. Le vendeur était-il toujours dans la possibilité d'exercer son droit ou bien y avait-il un délai légal qui, à défaut de la convention, était imposé aux parties.

M. Pellat, dans son livre de la propriété et de l'usufruit page 277, en parlant de *l'addictio in diem*, rencontre cette difficulté et la pose en ces termes : « quel était dans « le cas où la clause ne contient pas de temps fixé « le terme de l'incertitude qui planait sur la position de « l'acheteur ? Etait-il exposé à ce que la vente fût résolue « par une offre meilleure faite à une époque quelconque, « soit au vendeur, soit à ses héritiers ? faut-il supposer « quelque limite autre qu'un temps fixe, tel que la mort « du vendeur ou tel autre événement ? »

Une forte raison de douter que le vendeur pût *in perpetuum* exercer son droit, c'est la situation fâcheuse faite dans ce cas à l'acheteur. Si le vendeur peut à toute époque, même dans les temps les plus reculés de la vente contraindre l'acheteur à lui restituer l'immeuble vendu, c'est l'incertitude pour toujours qui plane sur la propriété de l'acheteur. Il n'aura jamais que la jouissance du bien acheté. Jamais il ne pourra en disposer ; s'il en dispose, ils s'expose à un recours de la part du vendeur, pour l'indemniser du préjudice qu'il lui aura causé par sa faute.

Cet acheteur se trouve donc vis-à-vis de sa chose dans une situation d'infériorité qui ne lui est pas commune avec les autres propriétaires. Il ne peut pas tirer, du droit

de propriété, tous les avantages qu'en tire un propriétaire ordinaire.

Le législateur romain a-t-il compris cet inconvénient, et y a-t-il obvié en édictant un terme fatal ?

Non, il n'a point été frappé des inconvénients d'une latitude indéfinie accordée au vendeur.

Que le vendeur ait toujours eu la faculté d'exercer son droit, cela ne peut faire aucun doute pour l'époque classique. M. Pellat page 277, n. 1 le reconnaît lui-même : « quelque extraordinaire que nous paraisse une incertitude aussi longtemps prolongée, il est certain qu'elle pouvait être valablement introduite. »

Et en effet :

1° Les textes sont d'accord. Ulpien, loi 31, 22 D. 21, le pense ainsi pour le cas de vente à l'essai « *Si vero conve-* « *nerit ut* IN PERPETUUM *redhibitio fiat, puto hanc conven-* « *tionem valere.* »

Alexandre, const 2 C. 4, 54 pour le cas spécial du *pactum de retrovendendo* est aussi explicite : « *Si fundum* « *parentes tui ea lege vendiderunt ut sive ipsi, sive here-* « *des eorum emptori pretium* QUANDOCUMQUE... »

2° En outre il y a impossibilité de trouver dans les lois romaines un délai dont la fixation ne soit arbitraire.

Sera-ce 60 jours comme le veut Voët pour la *lex commissoria* (1 vol. p. 625, n. 4), en se fondant sur la loi d'Ulpien relative à la vente à l'essai, dont nous avons donné un extrait plus haut et ainsi conçue: « *Si quid ita venierit,* « *ut nisi placuerit intra præfinitum tempus redhibeatur, ea* « *conventio rata habetur : si autem de tempore nihil con-*

« *venerit in factum actio intra* SEXAGINTA DIES *utiles accom-*
« *modatur emptori ad redhibendum, ultra non...* »

Mais en admettant, qu'en dehors de l'hypothèse où les parties auraient fixé un délai, il en fût toujours ainsi pour la vente à l'essai, il n'y a aucune raison pour argumenter d'analogie relativement au *pactum de retrovendendo*. Rien d'impossible, qu'on limite d'une façon aussi brève le droit de l'acheteur, rien d'impossible qu'on laisse au vendeur beaucoup plus de latitude. On comprend que l'on n'accorde pas un délai très long à l'acheteur à l'essai ; il ne faut pas longtemps en effet pour voir si une chose vous plaît ou ne vous plaît pas. On comprend au contraire, qu'on ne limite pas dans un délai trop court le droit du vendeur ce serait le rendre tout à fait illusoire.

Mais cette observation faite, Ulpien nous fournit un véritable argument pour repousser une pareille opinion : « ...*Si convenerit ut* IN PERPETUUM *reddihitio fiat puto hanc conventionem valere,* » dit-il ensuite. Dans quel cas statuait Ulpien dans la première partie du *texte* ? Dans le cas évidemment (cela ressort de ce dernier passage), dans le cas où les parties n'ayant pas fixé de délai, il est certain cependant qu'elles n'ont pas voulu prolonger indéfiniment l'incertitude. Dans ce cas, dit Ulpien, l'acheteur n'a que 60 jours. Mais, lorsqu'au contraire les parties ne fixant aucun délai ont voulu laisser durer l'incertitude (et c'est en présence de ce cas que nous nous trouvons dans l'hypothèse que nous examinons pour le *pactum de retrovendendo*) que décide Ulpien ? : « *Puto hanc conventionem valere.* »

Si ce n'est point 60 jours après la vente, sera-ce au

moins à la mort du vendeur ? Mais, sans anticiper sur les explications que nous donnerons, nous pouvons cependant dire déjà que le droit passait aux héritiers si le contraire n'avait été convenu.

Impossibilité d'une part, de fixer un délai qui ne soit pas arbitraire, caractère explicite d'autre part des lois romaines qui ne se refusent pas à une incertitude perpétuelle, nous amènent à conclure : que dans le premier état du droit au moins, le vendeur et ses héritiers lorsque les parties ne s'étaient pas expliquées, avaient toujours le droit d'exercer le *pactum de retrovendendo*.

Mais la réforme de Théodose II. (Cons. 3. c. 7, 39) qui réduisit à 30 ans la durée des actions jusqu'alors perpétuelles, survenant, modifia la solution de notre question. La nouvelle règle atteignant tous les droits, quelle raison d'en excepter un droit comme les autres, le droit conféré par le *pactum de retrovendendo ?* De ce jour le terme *maximum*, que ne pouvait même franchir la convention des parties, dut être 30 ans.

CHAPITRE IV

EXERCICE DU DROIT CONFÉRÉ PAR LE PACTUM DE RETROVENDENDO

Nous avons à nous poser trois questions : 1° qui peut exercer ce droit ; 2° contre qui peut-il être exercé ; 3° conditions d'exercice.

SECTION I

Qui peut agir.

1° Tout d'abord le vendeur, puisque c'est lui qui a stipulé ; c'est l'exercice normal du droit.

Mais si nous supposons deux vendeurs, la question se complique, ou tous agissent, ou un seul veut agir pour le tout, ou un seul veut agir pour sa part.

(*a*). — Tous agissent ; il n'y a point de difficultés c'est encore l'exercice normal du droit.

(*b*). — Un seul agit offrant tout le prix et réclamant tout le fonds, sera-t-il écouté ?

S'il agit tant en son nom qu'au nom de son covendeur, ayant reçu mandat de celui-ci : il le peut ; car il a action en son nom *et nomine procuratorio*, 3, D. 10, 2.

Il le peut encore, si son covendeur a renoncé à son droit, ou le lui a cédé (nous verons que le *pactum de retrovendendo* est cessible). Dans ces deux cas il y a pour ainsi dire

accroissement du droit de son covendeur à son droit. Mais s'il agit sans mandat de son covendeur ou sans que celui-ci lui ait cédé son droit, ou y ait renoncé, il ne le pourra pas ; car il demande ce qui ne lui appartient pas. Il n'a d'action que pour la part qu'il a vendue, il n'en a pas pour l'autre. Cette opération au reste serait nuisible à son covendeur. Si celui-ci ne veut pas agir actuellement, c'est que sans doute il ne le peut pas ; mais par cela même, il ne doit pas être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit dans l'avenir. Il ne sera censé y avoir renoncé, que s'il arrive à la veille de l'expiration du délai sans se décider.

c. — Mais si un covendeur ne peut pas agir sans mandat pour le tout, peut-il au moins agir pour sa part?

Nous supposons évidemment que la chose a été vendue un seul prix; s'il y avait eu deux prix distincts, il y aurait eu deux ventes, et chaque vendeur pourrait exercer séparément son droit ; c'est au moins ce que décide Ulpien pour *l'in diem addictio*, loi 11, 1. D. 18, 2. *Item « quod sabinus ait. Si, tribus vendentibus, duo posteriori « addixerint, unus non admiserit adjectionem, hujus par- « tem priori, duorum posteriori emptam, ita demum verum « est, si* VARIIS PRETIIS *partes suas distraxerunt.* »

Mais, s'il n'y a eu qu'un seul prix, qu'une seule vente *quid?* Il semble que cela soit encore possible, la condition d'offrir le prix, écrite pour l'un et pour l'autre, est divisible, et rien n'empêche qu'un fonds soit restitué pour partie.

Cependant, à moins de convention contraire, si nous

consultons les lois romaines, cette solution n'ira pas toute seule.

En cas *d'in diem addictio*, cela n'est pas possible au témoignage d'Ulpien loi 13, 18, D. 2. *quod si uno pretio ven- « diderint, dicendum est totam priori emptam manere ;*

Pour l'exercice de l'action rédhibitoire, il faut aussi que tous ceux qui ont le droit de l'exercer l'exercent à la « fois : « *An omnes ad redhibendum consentire debeant « videamus? Et ait Pomponius, omnes consentire debere ad « redhibendum* » 31, 5. D. 21, 1.

De même, s'il a été convenu que pour obtenir la possession d'une chose vendue, il faudra que le vendeur paie le prix, le vendeur venant à mourir, laissant deux héritiers, si l'un des deux offre la moitié du prix : « *ex vendito agere non potest* » 78, 2. D. 18, 1.

Semblable décision enfin en cas de gage 25, 14. D. 10, 2.

L'esprit des lois romaines en cela conforme à la justice est donc que, lorsqu'un droit est conféré à plusieurs, si la divison de l'exercice de ce droit est nuisible au débiteur, cette division ne peut avoir lieu.

Pourquoi hésiterions-nous à faire ici l'application de cette règle? Est-ce que l'exercice pour partie du droit conféré par le *pactum de retrovendendo* ne serait pas nuisible à l'acheteur? Avoir une partie de la chose cela remplirait-il son but? Pourrait-il retirer de cette partie l'utilité qu'il pensait retirer de la chose entière? Etre surtout dans l'indivision malgré lui n'est-ce pas lui imposer une situation désavantageuse, puisqu'elle est plus que toute autre propice à engendrer des discordes et des procès.

Décidons dès lors que, lorsqu'il y a plusieurs vendeurs

pour que l'exercice du *pactum de retrovendendo* soit possible, il faut ou que tous les vendeurs exercent leur droit en même temps, ou que si un seul agit il agisse pour le tout ; le contraire serait nuisible à l'acheteur.

Mais pour qu'un vendeur puisse agir pour le tout ; il faut qu'il agisse en qualité de mandataire de ses covendeurs, ou que ceux-ci lui aient cédé leur droit ou y aient renoncé ; le contraire serait nuisible à ces derniers.

2° Le vendeur peut agir, son héritier le peut-il ?

Il le pourra certainement lorsque la convention a mentionné ce droit pour lui ; et c'est ainsi que la convention est le plus souvent rédigée. Dans la formule du *pactum de retrovendendo* qui nous est donnée par la loi 2, c. 4, 54 nous lisons : *Si fundum parentes.... ut sive ipsi, sive* HEREDES EORUM *pretium obtulissent.* » Dans ce cas l'héritier, à la mort du vendeur, avait l'action et pouvait agir contre l'acheteur.

Mais si la convention avait été absolument muette que décider ?

En règle générale, à moins de preuve contraire, on est censé stipuler pour soi et ses héritiers, « *plerumque tam heredibus nostris quam nobis metipsis cavemus* » dit Celse dans la loi 9. *in fine* D. 22, 3. v. aussi les lois 13. C. 8, 37 ; et 122, 4 D. 45, 1.

Nos droits non uniquement attachés à notre personne, susceptibles d'être évalués en argent étant quelque chose qui modifie activement notre patrimoine, passent avec notre succession sur la tête de nos héritiers.

Le droit résultant du *pactum de retrovendendo*, étant un droit évaluable en argent non spécialement attaché à la personne du vendeur, doit passer à son héritier.

Il peut se faire que le vendeur laisse plusieurs héritiers. Les distinctions, que nous avons établies lorsqu'il y avait plusieurs vendeurs, et les solutions que nous avons adoptées, doivent recevoir ici leur application, d'autant plus que la plupart des textes, qui nous ont servi à résoudre la première question, se réfèrent à des hypothèses où il y a plusieurs héritiers.

3° Le droit résultant du *pactum de retrovendendo* peut-il être exercé par un successeur à titre particulier, autrement dit peut-il être cédé?

Le droit conféré par le *pactum de retrovendendo* n'est pas spécialement attaché à la personne, or les droits de cette nature sont des droits sur lesquels on peut spéculer. Il faudrait un texte le prohibant pour que cela ne fût pas possible. Or nous n'en avons aucun. Donc, libre au vendeur de céder son droit.

Section II

Contre qui peut-on agir.

1° Le vendeur peut agir bien entendu contre l'acheteur.

2° Mais peut-il agir contre l'héritier de l'acheteur ? Non, si la convention avait enlevé ce droit au vendeur.

La convention pouvait limiter l'exercice du *pactum de rotrovendendo* à un certain délai ; enlever au vendeur le droit d'agir contre l'héritier de l'acheteur, ce n'est pas autre chose que fixer un terme quoique incertain.

Oui, si le pacte a fait mention des héritiers, oui encore s'il les a passés sous silence, parce qu'en général, de même que nos droits modifiant activement notre patrimoine, passent à nos héritiers, de même nos obligations le modifiant passivement passent aussi à nos héritiers, lois 57 et 122, 4. D. 45, 1.

Mais, si l'acheteur a été spécialement désigné, comme s'il avait été convenu : *si venditor ejusve heres* TITIO EMPTORI *offerant* » le vendeur ou son héritier peut-il agir contre l'héritier de l'acheteur ?

Le doute vient de ce que l'acheteur ayant été spécialement désigné, il semble que les parties ont voulu exclure son héritier. Cependant il ne faut pas décider en principe que le vendeur ne pourra pas agir contre l'héritier de l'acheteur, parce que cette désignation de l'acheteur n'avait pas toujours pour but de restreindre les effets du pacte sur la tête de l'acheteur ; mais souvent elle avait pour but unique d'indiquer avec qui la convention avait été faite, loi 7, 8 D 2. 14. Il y aura donc une question de fait à résoudre, à rechercher l'intention des parties.

En résumé, la règle est que, sauf convention contraire expresse ou tacite, le vendeur peut agir contre l'héritier de l'acheteur. Mais, s'ils sont plusieurs, dans quelle mesure peut-il agir contre chacun ?

Les héritiers succèdent aux obligations non par *in soli-*

dum mais chacun proportionnellement à la part qu'il recueille dans la succession. C'est pourquoi, tant qu'ils possèderont le fonds en commun, aucun doute que chacun ne puisse être actionné que pour sa part.

Mais, lorsqu'un seul possède tout le fonds, soit que ses cohéritiers lui aient cédé son droit, soit que le fonds lui ait été adjugé dans le partage de l'hérédité, le vendeur peut-il agir pour le tout contre cet héritier unique possesseur ?

Nous supposons, sauf à examiner plus tard cette difficulté, que la propriété n'a pas été résolue par l'arrivée de la condition, auquel cas ayant une action réelle, le vendeur pourrait agir pour le tout contre l'héritier. Pour le moment nous ne lui accordons qu'une action personnelle, pourra-t-il se faire restituer tout le bien par un seul héritier?

Il ne le pourra pas. L'action personnelle se divise entre les héritiers; chacun ne peut être poursuivi que pour sa part. Le partage étant à Rome translatif de propriété, l'héritier est un tiers acquéreur pour les autres parts. Or par la seule action personnelle, le vendeur ne peut pas atteindre les tiers acquéreurs. La situation est semblable à celle d'un vendeur venant à mourir avant d'avoir livré la chose vendue et laissant plusieurs héritiers. Si le bien vendu se trouve par l'effet du partage dans les mains d'un seul, cet héritier ne peut néanmoins être poursuivi que pour sa part.

Il y a cependant au Digeste, au titre du *Commodat*, un texte la loi 3, 3 D 13, 6 qui semble contraire à la solution que nous donnons. Cette loi décide bien, que l'héritier de

celui qui a reçu un objet à titre de *commodat*, ne peut être actionné que pour sa part héréditaire ; mais, s'il a la faculté de restituer la chose tout entière, il doit le faire, et s'il ne le fait pas, il sera condamné *et in solidum* « *quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.* »

Ne pourrait-on pas généraliser cette règle et l'appliquer à notre cas? Nous ne le croyons pas. Dans le *commodat*, le commodant ne perd pas la propriété de la chose qu'il prête; on comprend dès lors qu'il puisse la rechercher tout entière chez l'un des héritiers il le pourrait chez un étranger.

Dans le *commodat*, en outre, l'héritier, qui se trouve seul détenteur de la chose, n'éprouve aucun préjudice à la restituer. Elle se trouve par hasard dans ses mains, il n'a rien donné en échange. Dans le cas de *pactum de retrov.* c'est autre chose. Il l'a par suite du partage ou d'une cession, actes à titre onéreux, dans lesquels il a fourni un équivalent. L'héritier pourrait donc être lésé par l'exercice du *pactum de retrov.* car il se peut que la prestation que lui fera le vendeur ne le remplisse pas des sacrifices qu'il a faits à ses cohéritiers pour avoir la chose.

Notre conclusion est donc celle-ci : que le bien soit possédé en commun, qu'il soit divisé entre les héritiers, ou qu'un seul le possède, chacun ne peut être poursuivi que pour sa part ; que fera donc le vendeur si un seul héritier possède? Il actionnera tous les héritiers, pour qu'ils obtiennent de l'héritier seul possesseur la restitution de l'objet entier, ou pour qu'il fasse rendre contre eux con-

damnation au *quod interest*, au cas où ils n'abouteraient pas.

3° Le vendeur peut-il agir contre un tiers possesseur auquel l'acheteur a aliéné la chose? La réponse à cette question dépend de la réponse à cette autre que nous examinerons plus loin : le droit de propriété conféré au vendeur est-il résolu *ipso jure* par la réalisation de la condition? si oui, le vendeur ayant l'action réelle pourra atteindre les tiers, sinon, son action personnelle étant impuissante contre eux, car ils ne sont pas personnellement obligés, il n'aura qu'un recours en garantie contre l'acheteur.

Section III

Conditions d'exercice du droit.

Pour exercer le droit qui lui est conféré par le *pactum retrovendendo*, le vendeur doit restituer à l'acheteur l'intégralité du prix de vente, et suivant les cas lui fournir certaines autres prestations dans le détail desquelles nous entrerons en traitant des effets. Il fera ainsi arriver la condition résolutoire.

Si l'acheteur accepte ces prestations, tout est dit ; mais s'il les refuse, de simples offres quoique réelles, sont-elles suffisantes pour faire arriver la condition ? ne faut-il pas en outre qu'elles soient suivies de consignations ?

La consignation nous paraît exigée par la loi 7. C. 4, 54.

Cette loi, statuant pour le cas où le vendeur se cache et ne veut pas recevoir le prix qui lui est offert, exige la consignation : « *Sed si se subtrahat, ut jure domini eam-« dem rem retineat,* DENUNCIATONIS *et* OBSIGNATIONIS DEPOSI-« TIONIS *que* REMEDIO *contra fraudem potes juri tuo consu-« lere.* »

Pour nous le vendeur doit donc :

1° Faire des offres réelles : c'est-à-dire, offrir en espèces dans la main de l'acheteur tout ce qui lui est dû ; le lui offrir dans des conditions telles que rien ne manque pour rendre le paiement acceptable.

2° Puis, si les offres ainsi faites ne sont point acceptées, déposer la somme en un lieu public, ou plus précisément dans un endroit que le magistrat désigne, le plus souvent dans un temple comme cela a lieu pour le paiement au témoignage de Cicéron (*Epist. ad. div.* VI, 1. *ad Att.* XIII 56).

CHAPITRE V

EFFETS DU PACTUM DE RETROVENDENDO

Les textes ne s'en occupent pas spécialement ; mais ce pacte étant une condition résolutoire, nous n'avons qu'à nous référer à ceux traitant de la condition résolutoire. Nous envisagerons les effets produits *pendente conditione*, et ceux produits *post conditionem*.

Section I

Effets pendente conditione

Le principe en droit romain est que la condition résolutoire, ajoutée à un acte ou à un droit, n'affectant point son existence, mais seulement son extinction, n'empêche point cet acte ou ce droit d'être regardé dès maintenant comme pur et simple. Spécialement en matière de vente, les textes insistent sur cette idée et disent : « *Non sub* « *conditione contrahitur sed pura est quæ sub conditione sol-* « *vitur* » voir lois 2 et 4, 5 D. 18, 2 ; 1 D. 29, 5. La vente conclue avec *pactum de retrovendendo* sera donc *pura* comme toutes les autres ventes sous condition résolutoire. « *Pura est* ». Elle sera traitée comme pure et simple. Faisons l'application de ce principe à l'acte lui-même, à

la vente et au droit qu'il a pour objet, au droit de propriété, et tirons-en les conséquences.

1° *Effets quant à l'acte.* — La vente est pure et simple, malgré l'adjonction du pacte ; elle existe donc dès maintenant, sa formation n'a pas été arrêtée ; non seulement elle s'est formée, mais elle peut être exécutée de suite.

Les parties peuvent être réciproquement forcées à l'exécution des obligations qu'elles ont contractées, le vendeur à la tradition de la chose, l'acheteur au paiement du prix ; et cette exécution produit les mêmes effets que si la vente était pure et simple ; particulièrement la tradition rend suivant les cas l'acheteur propriétaire ou le met en position d'usucaper : propriétaire, si le vendeur est lui-même propriétaire, en position d'usucaper, si le vendeur n'est pas propriétaire. Cette faculté d'usucaper est consacrée par la loi 27, *de in diem addict.*

2° *Effets quant au droit de propriété.* — La vente étant considérée comme pure et simple, la tradition *a domino* a rendu le vendeur *hic et nunc* propriétaire ; il jouit de tous les attributs de la propriété ; il en a l'usage, la jouissance, la disposition.

(a). — L'usage et la jouissance ; c'est lui qui aura seul l'action en revendication contre les tiers loi 29 *de mortis causa donat;* les interdits loi 4, 4. D. 18, 2 ; seul il recueillera les fruits et accessoires produits par la chose *pendente conditione*, loi 2, 1. D. 18, 2.

(b). — La disposition ; il peut aliéner et grever la chose de droits réels, constituer des servitudes et des hypothè-

ques, mais à ses risques et périls; si le vendeur fait arriver la condition, et que l'acheteur ne soit pas à même de le satisfaire, il sera condamné.

La vente est *pura*, c'est dire en un mot qu'elle produit tous les effets d'une vente pure et simple, et que par son exécution d'une part l'acheteur a sur la chose tous les droits d'un acheteur ordinaire, d'autre part le vendeur perd par cela même sur elle tous les siens, tout comme un vendeur ordinaire. En transmettant à l'acheteur, l'usage, la jouissance et la disposition, le vendeur perd en même temps tous ces attributs ; il ne peut ni aliéner, ni constituer de droits réels.

Cependant s'il l'avait fait *quid...*? si la condition ne se réalise pas, il aura disposé de la chose d'autrui. Mais si elle se réalise, l'aliénation se trouvera-t-elle postérieurement validée par le retour de la propriété au vendeur? Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait admettre que la condition résolutoire opère non seulement le retour de la propriété *ipso jure*, mais l'opère rétroactivement. Or nous le verrons plus tard cela ne fut vrai qu'à une certaine époque. Donc jusqu'à cette époque, les actes dont nous parlons n'auront jamais été postérieurement validés ils auront été consentis à *non domino* et leur efficacité ; sera réglée par les règles applicables aux actes faits sur la chose d'autrui, lorsque celui, qui les a consentis, devient ensuite propriétaire.

SECTION II

Effets post conditionem

La condition est arrivée, le vendeur a fait les offres ; quel en est l'effet par rapport : 1° au contrat de vente : 2° au droit de propriété.

I. — *Effets quant au contrat de vente.* — La vente est résolue, elle n'existe plus « *finita est emptio* » disent les textes; voilà l'effet, le seul effet produit par l'arrivée de la condition : la fin de la vente ; mais cet effet en produit lui-même un. Si la vente est finie, est éteinte, les parties doivent se replacer dans l'état où elles auraient été, si la vente n'avait pas existé ; et, pour arriver à ce résultat, se faire raison de ce qu'elles se sont réciproquement donné. Il y a lieu dès lors d'examiner les prestations du vendeur et celles de l'acheteur.

Il est peut-être peu logique de parler des prestations du vendeur à propos des effets de la condition puisque ces prestations constituent la condition, et doivent donc précéder les effets.

Régulièrement il aurait dû en être question en parlant de l'exercice *du pactum de retrovendendo.* Cependant il nous a paru avantageux d'en retarder l'examen jusqu'à maintenant pour les opposer aux prestations de l'acheteur,

Prestations du vendeur.

Le vendeur pour replacer l'acheteur dans l'état où il aurait été sans la vente lui restituera :

1° *Le prix.* — C'est le prix d'achat lui-même, et non pas la somme représentant la valeur de la chose au moment de l'exercice du droit. Les lois 2 et 7 C. 4,54 ne laissent pas de doute à cet égard. C'est même un des arguments que nous avons invoqués pour démontrer que cette clause constitue bien une condition résolutoire.

2° *Les intérêts.* — Avec le prix le vendeur doit tenir compte des intérêts. Cependant, au cas de *lex commissoria*, le vendeur n'était pas tenu de restituer les intérêts. Mais on comprend cela. Au cas de *lex commissoria*, le vendeur n'ayant point touché le prix, n'en ayant point joui, il eût été injuste qu'il les remboursât.

En principe il doit donc y avoir un compte d'intérêts, de même qu'il y aura, comme nous le verrons, un compte de fruits ; mais rien n'empêche que les parties, par un commun accord, ne décident que fruits et intérêts se compenseront, auquel cas le vendeur ne restituera pas les intérêts.

3° *Les frais qu'avait entraînés la conclusion du contrat.* — L'acheteur ne serait pas indemne si on ne les lui remboursait pas.

4° En vertu du même principe les impenses faites sur la chose par l'acheteur.

Ces impenses peuvent être, soit des impenses nécessaires soit des impenses simplement utiles, soit de simpenses voluptuaires. Il faut avoir soin de les distinguer; car le vendeur ne les supporte pas toutes indistinctement et d'une manière absolue.

a. — Dépenses nécessaires. Elles sont supportées en entier par le vendeur, loi 16, D. 18, 2 ; mais il faut en

exclure les réparations d'entretien, les dépenses pour la mise en rapport de la chose, le tribut, les *onera bellica* les *sumptus processus* qui sont charges de jouissance et qui sont même imposées à l'usufruitier lois 27, 2 ; 27, 3 ; et 7, 2 *de usufructu*.

b. — Dépenses simplement utiles.

Le vendeur doit les rembourser, au moins jusqu'à concurrence de la plus value qu'elles ont procurée à la chose. Nous avons en ce sens un texte pour le cas d'une donation sous condition résolutoire « *si mortis causa do-* « *natus fundus est et in eum impensæ necessariæ atque* « *utiles factæ sunt fundum vindicantes doli mali exceptione* « *summoventur nisi pretium eorum restituant.* »

S'il en est ainsi pour le cas de la donation, à plus forte raison doit-il en être de même pour le cas de la vente, contrat sanctionné par une action de bonne foi, où il entre dans l'office du juge que l'une des parties ne réalise pas un bénéfice injuste aux dépens de l'autre.

c). *Dépenses voluptuaires*. — Il n'y a aucune trace dans les textes qu'elles aient été jamais accordées. Nous les refusons à l'acheteur ; il serait injuste de les faire supporter par le vendeur qui ne les aurait probablement pas faites. On peut seulement soutenir qu'il lui est permis d'enlever tout ce qu'il est possible d'enlever sans endommager la chose.

Prestations de l'acheteur.

A son tour l'acheteur, pour replacer le vendeur dans la situation où il aurait été s'il n'eut point contracté, lui restituera :

1° *La chose elle-même* 2 C. 4, 54. — Il ne se libère pas en offrant le *quod interest*. Ce serait contraire à la convention.

2° *Les fruits.* — C'est ce que décident les lois 4, 4 et 6, de *in diem addictione* pour le cas d'*in diem addictio*. L'acheteur avec *pactum de retrovendendo* ne se trouve pas dans une situation plus favorable que l'acheteur avec *in diem addictio*. Dans ce dernier cas aussi bien que dans celui du *pactum de retrovendendo* il n'a rien à se reprocher si la résolution se produit ; eh bien, si malgré cela la règle est telle dans l'*in diem addictio* pourquoi serait-elle diférente dans le *pactum de retrovendendo?*

3° Pareillement, étant tenu de restituer les fruits, l'acheteur restituera les *accessiones*, toutes les *accessiones*, et même quoique cela paraisse bien dur, l'alluvion et le trésor.

4° Enfin l'acheteur restituera l'*omnis causa*, c'est-à-dire d'une part, les indemnités à raison des dégradations survenues à la chose par son fait ; et d'autre part, la cession des actions.

La loi 4. 18, 3 s'explique sur les indemnités ; « *videa-* « *mus quemadmodum venditor agat.... si deterior fundus* « *factus sit facto emptoris.* »

La loi 4, 4. D. 18, 2 s'explique sur l'interdit *quod vi aut clam* et par conséquent sur les autres interdits et sur les actions.

« *Et ideo si quid tunc vi aut clam factum est quamvis* « *melior allata fuerit conditio ipse utile interdictum habe-* « *bit, sed eam actionem venditi judicio præstiturum.* »

II. *Effets quant à la propriété.* — La propriété fait-elle

retour *ipso jure* au vendeur, ou celui-ci n'obtient-il, par l'arrivée de la condition, que le droit d'en exiger le transport? C'est l'importante question de la résolution de la propriété par l'arrivée de la condition. L'accord n'est pas encore fait entre les interprètes.

Voici qu'elle est notre opinion sur ce point, et qui a pour elle l'autorité de MM. Pellat, livre de la propriété, p. 274. Ortolan, t. 2 p. 376, Accarias n° 202, et surtout de M. Bufnoir qui a longuement traité la question (Théorie de la condition, p. 139 et s.)

Nous la résumons en 3 propositions.

1° D'après l'idée dominante dans la jurisprudence de l'époque classique il n'était pas possible de transférer la propriété *ad conditionem*. On considérait le droit de propriété comme un droit si absolu, qu'il paraissait contraire à ce caractère de le limiter dans sa durée.

2° Mais dès cette même époque classique, des contradicteurs s'élèvent contre cette doctrine. Parmi les jurisconsultes, une minorité examine de plus près le caractère absolu du droit de propriété; elle remarque que ce caractère absolu n'empêche point, qu'il puisse être limité quant à son étendue par les servitudes, elle en conclut qu'il peut bien aussi être limité dans sa durée, et que dès lors, rien ne s'oppose à une transmission de propriété *ad conditionem*.

Cette minorité a pour chef Ulpien et se compose avec lui de Scœvola, de Marcellus et de Paul.

3° Sous Justinien l'opinion de la minorité devient l'opinion générale sanctionnée par la loi.

1° Que la propriété ne puisse être transférée *ad condi-*

tionem à l'époque classique, cela résulte d'un ensemble de textes. Nous en voyons certains, en effet, n'accorder qu'une action personnelle à l'aliénateur sous condition résolutoire, lorsque la condition est accomplie; d'autres dénier directement, pour l'ancien droit, la possibilité de transférer la propriété *ad tempus*, par conséquent *ad conditionem.*

Les textes connus qui n'accordent qu'une action personnelle, sont au nombre de 5; 3 au Dig. et 2 au Code.

Au Digeste, ce sont les lois 38, 3 D 21, 1 et 35, 3 D 39, 6 dans lesquelles Paul pour les cas *de donatio mortis causa* ne donne au donateur qu'une *condictio*, et la loi 15 D 12, 4 de *Pomponius.* Ce jurisconsulte recherchant, suivant les circonstances, par quelle action pourra agir la personne qui avait livré son esclave avec clause conditionnelle de retour, lorsque cet esclave a péri par le dol de celui à qui elle l'avait livré, refuse l'action *ad exhibendum* : preuve qu'il n'admettait pas le retour de la propriété par l'effet de la condition.

Au code, c'est d'abord la loi 2 C 4, 54 qui, statuant pour l'hypothèse du *pactum de retrovendendo* décide : *actio præscriptis verbis vel ex vendito dabitur :*

C'est la loi suivante qui ne se contente pas de donner seulement une action personnelle au vendeur avec *lex commissoria*, mais lui refuse absolument la revendication.

Les textes qui dénient la possibilité de transférer la propriété *ad tempus* sont 2 constitutions : l'une de Justinien 26 C 6, 37. Justinien témoigne que jusqu'à lui les legs transférant la propriété *ad tempus* étaient nuls; l'autre de Dioclétien et Max rapportée au § 283, frag.

Vat, plus expresse encore et dont la portée est plus générale. Elle s'exprime ainsi : *quum ad* TEMPUS *proprietas transferri nequiverit.*

2° La preuve qu'à l'époque classique la doctrine contraire fut enseignée par certains jurisconsultes nous est fournie par les fragments de ces mêmes jurisconsultes insérés au Digeste.

Ulpien dans la loi 29, D 39,6, dit : « *potest defendi in rem competere donatori* » Dans la loi 41, D 6,1 il est plus explicite encore. « *Si quis ea lege emerit ut, si alius meliorem conditionem, attulerit, recedatur ab emptione post allatam conditionem,* JAM NON POTEST IN REM ACTIONE UTI » Si l'acheteur n'a plus l'action réelle c'est qu'il n'est plus propriétaire.

Marcellus au dire d'Ulpien dans les lois 4, 3, D. 18, 2, ; 3 D, 20 6 avait déjà tiré une conséquence importante de cette doctrine. Il fait disparaître *ipso jure* par la réalisation de la condition, le droit de gage conféré par l'acheteur.

Scœvola accorde la revendication au vendeur avec *lex commissoria.*

« *Quæsitum est an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice* VENDICARI *debeant ex conventione venditionis.* »

Enfin Paul, dans la vente avec *in diem addictio*, exige à la fois le consentement du vendeur et de l'acheteur pour la constitution d'une servitude dans l'intervalle, « *certum sit voluntate domini factam aquæ cessionem.* »

L'innovation des jurisconsultes est donc nettement établie ; mais une remarque est à faire, elle n'a pas été égale pour tous. Ulpien est le seul qui l'ait admise tout entière, qui l'ait admise pour les donations sous condi-

tions résolutoire, et encore le fait-il avec réssrve, « *potest defendi*. Nous n'avons aucune preuve, que Seœvola et Marcellus nesoient allés aussi loin, mais c'est à présumer: leurs textes ne se réfèrent qu'à des ventes. Pour Paul c'est certain nous avons mentionné de lui deux textes relatifs aux donations a cause de mort, et dans lesquels il ne donne qu'une *condictio*. »

3° Maintenant que cette opinion des jurisconsultes soit devenue le droit commun sous Justinien, on s'en rend compte en lisant la constitution des empereurs Diocl. et Max. 2, C. 8, 55, celle de Justinien 26, C. 6, 37, et deux autres fragments du même empereur fort peu connus, mais que M. Jobbé Duval a mis en lumière (thèse de doct. p. 45) l. 3, 3, C. 6, 43; nov. 22, C. 44, § 6.

Dans la constitution 26, Justinien affirme le changement de législation : « *Quum enim constitutum est fieri posse* TEMPORALES DONATIONES ET CONTRACTUS. » La constitution 2 n'est autre que celle du § 283 des fragm. du Vat., mais dont les compilateurs du code ont changé complétement le sens primitif : « *Si prœdiorum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret donatio valet : quum etiam ad* TEMPUS CERTUM VEL INCERTUM *ea fieri potest.*

L'hypothèse de la loi 3, 3 C. 6, 43, est une vente sous condition résolutoire faite par un héritier grevé d'un legs sous condition suspensive ; le légataire peut revendiquer à l'arrivée de la condition.

Dans la Novelle 22, C. 44, par 6, il s'agit d'un époux qui donne à son conjoint à condition que celui-ci ne se remariera pas. S'il y a mariage, les héritiers du donateur

peuvent revendiquer : « *vindicetur apud quamcumque apparuerit personam.* »

Voilà bien faite, nous semble-t-il, la preuve de notre opinion. Cependant deux autres systèmes, ont été proposés, et sont encore soutenus.

M. de Vangerow professeur allemand (*Lehrbuch*, t. I, p. 149 § 96), enseigne, que l'opinion, que nous avons reconnue propre à certains jurisconsultes, n'était pas une opinion isolée, mais l'opinion courante, l'opinion admise depuis longtemps. « Après l'arrivée de la condition résolutoire l'ancien propriétaire le serait redevenu de plein « droit, dès les premiers temps du droit Romain. » Qu'est-ce qui détermine, dit-il l'étendue des droits de l'acheteur ? C'est la *justa causa*. Si donc elle contient des limites dans la durée, pourquoi ne pas les observer ? On observe bien la limitationpar laquelle le vendeur se réserve l'usufruit. En théorie cette raison est excellente, mais ici elle n'est pas autre chose qu'une pétition de principes ; il s'agit en effet de démontrer, si les jurisconsultes romains admettaient la limitation quant à la durée.

Dans le système de M. de Vangerow on s'appuie sur les constitutions 1 et 4 C 4. 54 ainsi conçues : const. 1. « *Si eâ lege prædium vendidisti, ut nisi certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet et* DOMINIUM AD TE PERTINERET *fides contractus servanda est.* » const. 4. — *Commissoriæ venditionis legem exercere non potest qui post præstitutum pretii solvendi diem, non* VINDICATIONEM *rei eligere sed usurarum pretiis petitionem sequi maluit.* » On tire argument des expressions *dominium ad te pertineret*, et *vindicationem*. Quant aux lois qui

ont servi de fondement à *notre système*, ou s'en débarrasse en les expliquant de 2 façons différentes. Ou bien, ces lois se réfèrent à des hypothèses, où la propriété a été aliénée, non pas sous condition résolutoire, mais purement et simplement avec promesse de rétrocession ; ou bien, elles se réfèrent à des hypothèses d'aliénation sous condition résolutoire, mais comme la revendication n'est pas exclusive de l'action personnelle, de ce que les jurisconsultes parlent uniquement de l'action personnelle, il ne s'ensuit point que l'action réelle fût rejetée.

Cette argumentation est réfutable. L'argument de texte est notablement insuffisant.

La loi montre bien qu'il est permis de convenir que la propriété fera retour au vendeur, s'il n'est point payé ; mais elle ne dit pas autre chose ; elle n'indique pas comment s'opèrera ce retour, si ce sera au moyen d'une action réelle ou personnelle.

La loi 4 n'est pas plus probante.

« *Vindicationem eligere* » n'est certainement pas pris dans dans son acception technique, mais dans le sens général de reclamation. Comprendrait-on que le même empereur, qui, dans la loi précédente, refuse la revendication, l'accorde expressément dans la loi suivante pour une hypothèse analogue ?

Quant aux explications, elles n'expliquent qu'à demi.

Oui, il était possible d'aliéner la proéprité purement et simplement, et de stipuler une rétrocession ; mais nous trouvons nous dans cette hypothèse ? le contraire ne résulte-t-il pas de ce fait, qu'étant donné la même espèce, Ulpien d'une part 29, D 39,6 — Paul d'autre part.,

38,3 D 21, 1 et 25, 3 D 39, 6, la résolvent d'une façon différente? Ulpien accorde la revendication, Paul la *condictio*.

Oui encore, la revendication n'est pas exclusive de l'action personnelle, mais cela nous rend-il compte du « *potest defendi* » d'Ulpien, du refus de l'action en revendication par la loi 3, C, 4,54, de l'action *ad ex hibendum* par Pomponius (loi 15 D 12,4) et du § 283 des *frag. du vat.*

Le 2e système est le contre-pied du précédent.

Il est présenté différemment par M. Maynz, et par Czhylarz.

M. Maynz (Tome 1, par 180 page 578), non seulement ne croit pas à l'innovation des jurisconsultes, mais il pense « au contraire que le principe de l'irrévocabilité de la « propriété est resté debout, dans le droit romain jus- « qu'aux derniers temps. La législation de Justinien ne « déroge incontestablement à ce principe que dans deux « matières, qui présentent un caractère trop particulier, « pour que ces dérogations puissent avoir quelque impor- « tance au point de vue des principes. »

Ce serait contraire à l'essence du droit de propriété, droit absolu, qui ne saurait comporter aucune limitation dans sa durée.

Ce principe posé, M. Maynz cherche à mettre sa doctrine d'accord avec les textes.

La Loi 41 d'Ulpien *de rei vindicatione* « s'explique aisé- « ment par l'obligation, qui incombe à l'acheteur, de cé- « der les actions qu'il a pu acquérir par rapport à la « chose » on a dû arriver vite à considérer la cession faite et accorder l'action utile au vendeur.

La loi 3 D 20, 6 qui parle de l'extinction du gage doit s'entendre d'une *in diem addictio* sous condition suspensive.

La loi 4, 3 D 29, 6 présente une rédaction impossible et une contradiction entre la première et la seconde phrase ; cette dernière : *ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset*, exige impérieusement qu'on insère une négation dans la phrase précédente et qu'on lise : *rem pignori esse* NON DESINERE au lieu de *rem pignori esse desinere*. Dès lors cette loi ne peut nullement être invoquée dans l'opinion adverse. (§ 334, note 38).

La loi 29 enfin *de mortis causa* contient une décision anormale que l'on ne peut généraliser (§ 334, note 65).

Ce système est inadmissible. 1° L'argument de principe n'est pas soutenable : nous y avons déjà répondu en exposant le système de M. de Vangerow. 2° L'interprétation donnée aux textes est erronée (Comp. M. Buf. page 174).

La loi 4 n'accorde pas seulement la *rei vendicatio* au vendeur ; elle la refuse à l'acheteur. Comprendrait-on cela si le vendeur n'avait qu'une action utile ?

Il est bien difficile de ne voir qu'une condition suspensive dans l'hypothèse de la loi 3.

Les mots « DISTRACTA FUERIT... NISI ; FUERIT QUE TRADITA, et surtout celle mise en gage par l'acheteur paraissent bien significatifs en faveur de l'hypothèse contraire, de l'hypothèse d'une condition résolutoire

L'altération faite à la loi 3 est bien arbitraire. Si pour expliquer un texte, on peut l'altérer, et si la loi 4, 3 telle qu'elle est conçue est inexplicable, à notre tour

nous avons bien le droit de retrancher la seconde phrase, de laisser la leçon « *rem pignori esse desinere* » et d'éloiainsi toute contradiction.

La loi 29 elle aussi ne peut pas recevoir l'explication fournie. Elle ne contient pas une disposition spéciale aux donations, la loi 41 et les autres fragments d'Ulpien ne pouvant être interprétés autrement que nous l'avons fait, il en résulte bien que la doctrine applicable aux donations était bien applicable à la vente.

M. Czhylarz (§ 8, p. 57 et § 15, p. 89) admet la réforme pour l'époque de Justinien. Les texte l'y condamnent. Mais il se refuse à croire à l'innovation des jurisconsultes telle que nous l'avons présentée. Il y a eu innovation ; mais innovation restreinte et qui n'a pas atteint le principe de l'irrévocabilité de la propriété.

Les textes des jurisconsultes novateurs se réfèrent tous à des hypothèses de choses *mancipi* vendues et livrées dans lesquelles par conséquent l'*in bonis* seul a été obtenu. Que pour ce cas, les jurisconsultes aient admis la résolution cela ne touche en rien au principe relatif au *dominium ex jure queritum.*

M. Jobbé Duval (Thèse de doct. page 38) a frappé par la base ce système en faisant remarquer que « cette « interprétation suppose que le délai d'un an ou de deux « ans suivant les cas est écoulé, or les textes ne font « aucune réserve. »

Nous restons donc avec notre système.

1° Impossibilité de transférer la propriété *ad conditionem* à l'époque classique.

2° A cette époque projet de réforme des jurisconsultes.

3° Enfin avec Justinien changement de doctrine. La propriété est résolue elle fait retour *ipso jure* au vendeur. Mais la résolution opérait-elle retroactivement ?

Question encore controversée. Nous admettons l'affirmative. La vente disparaissant dans le passé, la *justa causa* doit disparaître ; et sans *justa causa*, comment la propriété peut-elle tenir debout ?

Cet argument de raison est corroboré par deux textes qui impliquent nécessairemt la rétroactivité de la résolution. L'un est la loi 9 *de aqua et aquæ pluv.* 39,3 que nous avons déjà mentionnée Paul décide que pour constituer valablement une servitude *in diem addicto prædio pendente conditione*, il faut le consentement de l'acheteur et du vendeur, « *certum sit voluntate domini factam aquæ cessionem.* »

Dans l'un et l'autre cas que la condition s'accomplisse ou ne s'accomplisse pas, que l'acheteur reste propriétaire ou que le vendeur le redevienne, la servitude est valablement constituée ; mais au cas où la propriété fait retour au vendeur comment l'aura-t-elle été par le propriétaire, si l'on n'admet point la rétroactivité ?

L'autre texte est la loi 19, *de usurp. et usuc.* D. 41, 3. Cette loi reconnaît pour le vendeur sous condition résolutoire le droit, lorsque la condition s'accomplit, de compter pour l'usucapion le temps pendant lequel l'acheteur a possédé, « *tempus quo apud emptorem fuit, accedere venditori debere.* » Il ne s'agit point ici d'*accessio possessionum;* la fin du texte le prouve surabondamment. Le jurisconsulte appuie sa décision sur cette raison, que l'hypothèse dans laquelle on se trouve, « *similis est redhibitionis.* » Or dans ce cas il

n'est pas possible de faire jouer l'*accessio possessionum* puisque la vente est nulle. Mais alors s'il ne s'agit point d'*accessio possessionum* à quel titre le vendeur peut-il se prévaloir de l'intervalle de temps? Evidemment on le considère comme ayant toujours possédé comme ayant toujours été propriétaire.

Quelles objections fait-on à notre raisonnement ?

M. Bufnoir pages 179 à 184 en fait plusieurs.

1° « Les jurisconsultes romains ne considéraient nullement la vente comme effacée rétroactivement par l'arrivée de la condition résolutoire; ils disaient qu'elle prenait fin, ce qui est bien différent: « *Et quidem finita est emptio.* Ils disaient aussi : « *sit res inempta* » que la chose soit non achetée répondrons-nous, ce qui nous paraît bien diminuer la force de l'objection et nous incline à croire que « *finita est* » avait le même sens.

2° La loi 9 n'est pas concluante. Il y est question évidemment d'une servitude établie *jure prætorio*, or ces servitudes pour leur établissement n'exigent qu'une simple adhésion. Or l'adhésion peut-être conditionnelle, le consentement que réclame Paul doit être un consentement conditionnel. C'est une pure supposition que ne permet pas de faire la contexture de la loi. L'établissement de la servitude est présent, et le consentement paraît bien exigé purement et simplement.

3° Comment avec le principe de la rétroactivité expliquer que le vendeur ne recouvre pas directement la propriété des fruits *des accessiones?* qu'il ne puisse intenter l'action *legis aquiliæ*, l'action *furti* qu'en vertu de la cession à lui faite par l'acheteur?

Cette objection est juste ; les textes en effet, Ulpien lui-même L. 4, 4 D 18,2 n'accordent pas directement au vendeur les fruits, les *accessiones*, les actions et les interdits. Mais on peut en donner raison. D'une part Ulpien dont les idées étaient loin de prévaloir de son temps, pouvait tenir compte de la jurisprudence alors en vigueur ; d'autre part il est possible, qu'il n'ait pas aperçu de suite les conséquences du principe dont il avait eu le premier l'idée.

4° Enfin notre doctrine serait en opposition formelle avec les lois 4, 3, D 18,2 et 3, D 20,6. Ces textes, parlant de la résolution du droit de gage par la résolution de la propriété du constituant, se contentent de dire : « *rem pignori esse desinere, pignus finiri.* » Expressions qui prouvent une simple résolution sans effet retroactif.

Au point où nous en sommes arrivés, ayant réfuté toutes les autres objections, ce serait donner beaucoup d'importance à des mots qui peuvent tout aussi bien être interprétés dans notre sens, comme l'expression *finita est emptio*, si l'on remarque surtout que la préoccupation du jurisconsulte n'est pas de savoir si la résolution est rétroactive mais s'il y a résolution. Une impropriété de terme a pu lui échapper.

Nous espérons avoir donc démontré que la résolution de la propriété avait lieu avec effet rétroactif.

Ce principe avait pour conséquence de faire considérer le vendeur comme ayant toujours été propriétaire, et les droits conférés par lui comme ayant été validement constitués *ab initio*. Ce même principe aurait dû avoir pour conséquence de lui octroyer directement la propriété

desfruits et *accessiones*, l'exercice des actions et interdits ; mais il paraît que sur ce point, comme nous venons de le voir, la doctrine n'avait pas été conséquente avec elle-même.

APPENDICE

Question des risques.

Qui supporte les risques dans la vente avec *pactum de retrovendendo ?* Cela dépend de la question de savoir qui les supporte dans la vente sous condition résolutoire.

Deux cas sont à distinguer :

La condition arrive ou n'arrive point.

1° La condition n'arrive point ; incontestablement les risques sont pour l'acheteur, *res perit domino*.

2° La condition arrive. Contrairement à une opinion assez accréditée nous pensons qu'ils sont pour le vendeur en vertu du même principe *res perit domino ;* l'arrivée de la condition résolutoire a pour effet de remplacer les parties dans l'état où elles auraient été si elles n'eussent point contracté ; si le vendeur n'avait point contracté, il aurait été propriétaire au moment du cas fortuit. La conséquence est forcée.

On a contredit cette opinion par le raisonnement suivant :

L'acheteur sous condition résolutoire n'est pas autre chose qu'un vendeur sous condition suspensive ; or le vendeur sous condition suspensive supporte les risques.

Donc l'acheteur sous condition résolutoire doit les supporter.

On insiste et on ajoute : « Dans le cas de perte totale « arrivée *pendente conditione*, la résolution ne peut pas « plus prendre naissance que la vente elle-même dans le « cas précédent (celui de vente sous condition suspensive), « et cela par les mêmes motifs. » Vernet. Textes choisis, p. 136.

M. Bufnoir, a péremptoirement répondu à cette objection, p. 455.

Pour considérer l'acheteur comme un vendeur sous condition suspensive il faut confondre la résolution et la rétrocession.

Pour nier la possibilité de la résolution en cas de perte totale, il faut regarder « la résolution d'un contrat comme « la formation d'un contrat en sens inverse du pre- « neur. »

La doctrine que nous soutenons s'appuie au reste sur des textes. Nous n'en citerons qu'un la loi 2, 1, D 18, 2. Ulpien décide qu'en cas d'*in diem addictio* la perte est pour l'acheteur, mais la raison qu'en donne Paul dans la loi suivante, est une preuve de ce que nous avançons.

« *Quoniam post interitum rei jam nec afferi possit melior conditio.* »

D'où nous pouvons conclure que si la condition avait pu s'opérer, la solution eût été l'inverse.

Nos deux principes sont donc démontrés ; les appliquant à la vente avec *pactum de retrovendendo*, nous déciderons :

1° Si le vendeur n'exerce pas le *pactum de retrov.* les risques seront pour l'acheteur;

2° S'il l'exerce, ils seront pour lui.

Mais dans ce deuxième cas, une remarque importante est à faire. Comme l'arrivée de la condition dépend uniquement du vendeur, celui-ci se gardera bien de faire arriver la condition, lorsque la perte sera totale ou même partielle si la portion subsistante n'est pas au moins équivalente aux prestations qu'il serait tenu de fournir.

CHAPITRE VI

SANCTION DU PACTUM DE RETROVENDENDO

Quelle arme le vendeur a-t-il pour assurer le respect du droit qu'il a acquis ?

A-t-il une action, a-t-il seulement une exception ?

Cette clause par laquelle le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue en remboursant le prix, est un pacte.

Or quels sont les principes en matière de pacte?

Ces principes les voici :

1° Un pacte nu n'engendre aucune action ; il n'engendre qu'une exception : « *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, loi 7, 4, D. 2, 14. Ulpien. »

2° Cependant, le pacte joint à un contrat de bonne foi produit une action : « *quinimo interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis,* » parce qu'on le considère comme ne faisant qu'un avec le contrat : « *solemus enim dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis*, 7, 5 D 2, 14 », mais pour qu'un pacte produise cet effet, il faut qu'il soit joint *in continenti* : « *sed hoc sic accipiendum si quidam ex continenti pacta subsecuta sunt;* » s'il est joint *ex intervallo*, le principe *nuda pactio obligationem non parit* reparaît : « *ex intervallo nec inerunt nec valebunt* » 7-5, D 2-14.

Le *pactum de retrovendendo*, toutes les fois qu'il sera joint

in continenti à une vente, contrat de bonne foi, produira donc une action.

Mais quelle sera cette action.

L'action du contrat, l'action *ex vendito*, ou bien l'action *præscriptis verbis*?

Lorsque les pactes produisent une action, c'est l'action même du contrat auquel ils sont joints. On voit de nombreuses applications de cette règle au Digeste 11 pr. et 1, D 19, 1 Ulpien et loi 13, 19 du même titre. Citons-en une d'Hermogénien, loi 75, D 18, 1. Il dit que celui qui a vendu avec ce pacte que l'acheteur lui louera le fonds vendu, ou bien qu'il ne le revendra pas à d'autres qu'à lui, ou enfin quelqu'autre pacte que ce soit, aura pour garantie l'action de la vente : « *qui.... vel simile aliquid pasciscatur ad* « *complendum quod pepigerunt ex vendito agere poterit.* »

Ce principe fut-il appliqué au *pactum de retrovendendo?*

Ulpien loi 4, D18-3, en se posant cette question pour la *lex commissoria* pacte résolutoire comme le *pactum de retrovendendo* et en disant avant d'y répondre : «... *sed jam decisa quæstio est* ...» nous indique bien qu'elle fut controversée.

Et en effet les deux écoles étaient en désaccord sur ce point.

Les Proculiens refusaient l'action du contrat; ils n'accordaient que l'action *præscriptis verbis*, comme il ressort d'un passage de *Proculus* qui forme au Dig. la loi 12 D 19, 5. Cette loi nous offre l'exemple d'un pacte assez semblable à celui que nous étudions, mais qui en diffère en ce que la faculté de résolution n'appartient au vendeur que dans une hypothèse, dont la réalisation

ne dépend pas de sa volonté. Il s'agit d'une vente conclue entre le mari et la femme sous cette condition que si le mariage vient à cesser d'exister entre eux, « *eos fundos si ipse vellet (maritus) eodem pretio mulier transcriberet viro*... Et le jurisconsulte décide. « *in factum existimo judicium esse reddendum.* »

Les Proculiens avaient été conduits à cette solution par ce premier motif que l'addition du pacte fait du contrat un contrat nouveau, un contrat innommé; par ce second que l'action *ex vendito* est créée pour faire exécuter la vente et non pour la résoudre. Or ici ce que l'on veut c'est résoudre la vente.

Les Sabiniens eux au contraire n'hésitaient pas à donner l'action du contrat. Ils ne s'expliquent pas pour le cas spécial du *pactum de retrovendo*, mais ce qui est la même chose pour la question que nous étudions, ils s'expliquent sur la vente à l'essai, *l'addictio in diem et la lex commissoria*.

Pour la vente à l'essai Paul nous dit dans la loi 6, D 18,5 que telle était l'opinion de Sabinus :

« *Si convenit ut res quæ venit, si intra certum tempus* « *displicuisset redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus* « *putat*...... »

Dans le cas d'*in diem addictio*, Ulpien 4-4, D 18-2 nous apprend que Julien, disciple de Sabinus, était de cet avis. On veut savoir comment le vendeur, après avoir fait résoudre la vente, obtiendra la cession de l'interdit *unde vi aut clam* et des fruits... « *Idem Julianus scripsit... eam* « *actionem sicut fructus quos percepit venditi judico præs-* « *titurum.* » Pour la *lex commissoria*, Pomponius nous le

dit dans la loi 6.1 D 18,1 ... *Placet venditori ex vendito « eo nomine actionem esse »* .....

L'opinion des Sabiniens est donc certaine, ils n'avaient pas été arrêtés par les objections des Proculiens et nous le comprenons sans peine.

Le *pactum de retrovendendo* disent les Proculiens modifie la nature du contrat de vente, en fait un contrat nouveau et par conséquent un contrat innommé. Nous ne disconvenons pas qu'il se forme un contrat nouveau ; c'est l'effet de tout pacte ajouté à un contrat. Ulpien ne le dissimule pas « *ut quodammodo quasi renovatus videtur contractus* 7, 6, D 2,14; » et cela ne l'empêche pas de poser en règle générale, qui n'est discutée par personne, que c'est l'action du contrat qui est accordée pour sanctionner un pacte adjoint, lois 11, 1 et 3, 1 D 19, 1 ; et Hermogénien enseigne la même doctrine 75, D. 18, 1.

C'est qu'en effet, si le contrat est devenu un contrat nouveau, il n'en est pas devenu pour cela un contrat innommé : *Renovatus est contractus,* dit Ulpien, c'est-à-dire que les éléments du contrat ont été renouvelés; mais le fond, le caractère distinctif subsiste encore. C'est toujours un contrat de vente.

La deuxième objection paraît plus sérieuse. Les proculiens ne comprennent pas que l'on accorde l'action de la vente pour résoudre la vente. Nous ne le comprenons pas nous-même. Mais résoudre la vente n'est pas le but immédiat, direct que l'on recherche. Ce que l'on veut immédiatement, c'est faire exécuter une clause qui ne fait qu'un avec le contrat de vente « *solemus enim dicere « pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis.* »

En définitive ce que l'on veut, c'est faire exécuter le contrat de vente, ce pourquoi est créée l'action *ex vendito*.

Seulement l'exécution de cette clause entraînera la résolution du contrat ; mais ce ne sera que par voie de conséquence, ce ne sera plus qu'un effet médiat.

Nous venons de voir les 2 écoles ayant chacune une doctrine différente sur la question de la nature de l'action, l'accord s'est-il jamais fait entre elles? L'opinion de Proculus se maintint encore et à côté de l'opinion adverse.

Nous n'en voulons pour preuve que la loi 6,D 18,5 où Paul contemporain d'Ulpien dit formellement « *ex empto* « *actio est ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum* « *data* » et la constitution d'Alexandre Sévère 2 C 4,54 au code. L'empereur contemporain des deux jurisconsultes, pour le cas de *pactum de retrovendendo*, accorde à la fois, chose étrange! et l'action *ex vendito* et l'action *præscriptis verbis*. *Si fundum parentes tui*. . . . .

. . . *actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*. . . . . »

Comment expliquer cette bizarrerie d'une action *in jus* accordée en même temps qu'une action rédigée *in factum*, si ce n'est pas le désir de contenter les partisans de deux systèmes encore en présence et également forts.

L'action personnelle, que tout le monde accordait au vendeur, soit *ex vendito*, soit *præscriptis verbis*, était notablement insuffisante pour protéger ses droits.

D'un côté, elle ne lui permettait pas d'agir contre les tiers auxquels l'acheteur aurait aliéné la chose vendue, ni de faire tomber les droits réels dont elle avait été

grevée ; d'un autre côté, elle ne lui permettait pas de vaincre le refus de l'acheteur s'obstinant à ne pas lui restituer la chose.

L'action réelle sous ces deux rapports l'aurait pleinement protégé. Lui a-t-elle jamais été accordée ? La réponse dépend de la réponse à la question que nous avons déjà examinée, la propriété à Rome pouvait-elle être transférée *ad conditionem ?* Pour nous qui avons admis que cette possibilité a existé à partir de Justinien mais à partir de Justinien seulement, nous déciderons que jusqu'à cet empereur, l'action personnelle seule a été aux mains du vendeur ; mais qu'après il a eu l'action réelle puisqu'il était rendu propriétaire *ipso jure* par l'arrivée de la condition.

L'adoption de l'action réelle comme conséquence de la possibilité de transférer la propriété *ad conditionem* rendit-elle inutile l'exercice de l'action personnelle ?

Quels que fussent les énormes avantages de l'action réelle, il ne faut pas en conclure que l'action personnelle n'eût plus désormais aucune application.

L'action personnelle était encore nécessaire dans plusieurs cas. D'abord si le vendeur n'était pas propriétaire lors de la vente, la réalisation de la condition ne l'a pas rendu propriétaire. Mais s'il n'est pas rendu propriétaire, il ne peut user de l'action réelle pour obtenir la restitution de la chose vendue. Cependant l'acheteur est tenu de restituer par le contrat de vente. Par quelle action sera-t-il tenu ? Par une simple action personnelle.

En second lieu et surtout l'action personnelle était

nécessaire pour obtenir certaines restitutions : les fruits les *accessiones*, l'*omniscausa*. Quoique la résolution eût un effet rétroactif nous avons remarqué cependant en passant (page 52) que la proprieté de ces choses ne pouvait faire retour *ipso jure* au vendeur, ne faisant pas retour *ipso jure* le vendeur n'avait pas l'action réelle, il n'avait qu'une action personnelle.

DROIT FRANÇAIS

DE LA VENTE A RÉMÉRÉ

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

Le pacte, que nous venons d'étudier à Rome, fut aussi connu dans notre ancien droit où il porta, au moyen âge, grâce à l'influence féodale, le nom de *retrait conventionnel* dans la majorité des coutumes, de clause de Rescousse en Poitou ; et en Loudunois, de droit de *r'avoir par grâce*, parce qu'on voyait dans ce pacte une sorte de bienfait accordé par l'acheteur au vendeur.

Le retrait conventionnel fut d'un usage fréquent à partir du moyen âge. Un grand nombre de coutumes en parlent ; un grand nombre de jurisconsultes en traitent dans leurs ouvrages. Les plus explicites des coutumes sont celles du Poitou, du Loudunois, d'Auvergne, de Nivernais, de la Rochelle, de Normandie. Les principaux parmi les jurisconsultes, ceux auxquels il faut recourir pour résoudre les

grandes difficultés que présenta jadis la matière sont Loysel, Tiraqueau, Brodeau, Dumoulin et enfin Pothier.

Deux raisons expliquent suffisamment cet usage fréquent. Le retrait conventionnel permettait de conserver les biens dans les familles à une époque où la terre était tout. Le retrait conventionnel permettait de prêter légitimement à intérêt à une époque où le prêt à intérêt était interdit.

L'usage du retrait conventionnel se maintint dans tout son développement jusqu'à la fin du siècle dernier.

Mais pendant la période de réorganisation politique et civile qui suivit la révolution de 1789, cette institution eut à supporter de vives attaques. Dans le premier projet de code civil, que présenta Cambacérès à la Convention nationale, sa suppression radicale était proposée. « Le « contrat de vente, disait-il (tit. III de la vente et de l'é- « change, art. II) admet toutes sortes de stipulations et de « conditions. Il ne pourra néanmoins être stipulé en « faveur du vendeur aucune faculté de réméré. »

Cependant les rédacteurs du code conservèrent le retrait conventionnel, mais en modifiant profondément les règles qui l'avaient régi jusqu'à eux.

« Nous avons cru, dit Portalis, dans son exposé des « motifs du titre VI, livre III, c. civ... devoir autoriser la « stipulation de la faculté de rachat. Ce pacte offre au « citoyen ou au père de famille malheureux des ressour- « ces dont il ne serait pas juste de le dépouiller.

« On peut vendre pour se ménager un secours, sans « perdre l'espérance de rentrer dans sa propriété. »

(Séance du 7 ventôse an XII — *Motifs et discours pro-*

noncés lors de la publication du code civil, p. 595). — Et le tribun Grenier, dans son discours au corps Législatif, se félicite des perfectionnements apportés en cette matière : « Cette faculté de rachat est organisée de la manière la plus heureuse par le projet de loi. Il s'agissait « de concilier l'intérêt particulier du vendeur avec l'intérêt public.....

« Quand on connaît les entraves tolérées, établies même « par l'ancienne jurisprudence, sur cette matière de « combien de procès ne voit-on pas étouffer le germe « dont la convention la plus précise ne pouvait mettre l'acquéreur à l'abri — » (séance du 15 ventôse, an XII, *eod. op.*; p. 625).

Le retrait conventionnel fut donc maintenu dans notre législation; mais on substitua à son ancien nom de *retrait* qui rappelait de fâcheux souvenirs aux représentants des idées nouvelles, le nom de *vente avec faculté de rachat ou de réméré*, sous lequel nous le désignerons désormais.

La vente avec faculté de rachat, quoique maintenue dans le code, n'en a pas moins été depuis, et n'en est pas moins encore aujourd'hui l'objet de vives critiques.

Chardon, Troplong. MM. Courcelle Seneuil et Acollas, sont ses principaux adversaires.

Chardon, *Traité du dol et de la Fraude*, t. 3, p. 230. « Mais le contrat qui semble n'avoir été conçu que « pour aider l'usure dans ses perfides spéculations, c'est « celui de la vente avec faculté de rachat. Ce n'est pas « sans opposition qu'il a été admis dans le code civil;

« plusieurs des magistrats alors consultés, ont signalé « les abus sans nombre qui en sont inévitables.

. . . .

« Ce pacte est donc, par sa nature même, infiniment sus- « pect d'usure. »

Et plus bas, parlant de la restriction apportée par l'art. 2088 à la convention d'Antichrése.

« On ne peut pas même se dissimuler qu'à cet égard il « y a un défaut de corrélation dans le code.

« Puisque, en admettant l'impignoration des immeubles, « on voulait, ce qui est infiniment juste, prohiber toute « clause attribuant, de plein droit, au créancier, l'immeu- « ble engagé, c'était un motif de plus et un motif irré- « sistible d'abolir la vente avec faculté de rachat qui « ouvre très naturellement et très légalement un moyen « de rendre la prohibition illusoire. Mais ces deux parties « du code ayant été traitées séparément, l'une dans le « contrat de vente, l'autre dans celui de nantissement « on ne s'est pas aperçu sans doute de la contradiction « qui se trouve entre ce qui est permis d'un côté et dé- « fendu de l'autre. . . . .

« . . . . Infailliblement cette antinomie dispa- « raîtra à la première révision du code civil.

Troplong (*Traité de la vente*, T. 2 p. 222). Il faut « convenir que le pacte de réméré n'est que l'enfance « du crédit entre particuliers ; il prive l'emprunteur de « sa chose et la fait passer entre les mains d'un ac- « quéreur qui ne peut s'y affectionner, tant que le droit « de rachat est en suspens. »

M. Courcelle Seneuil écrit (*Traité d'économie politique*

t. 2, p. 68) « Il est un point sur lequel le code civil fran-
« çais a restreint la liberté des conventions en matière
« de vente ; c'est quand il a limité à cinq ans la faculté de
« rachat que le vendeur a pu se réserver par le contrat de
« vente. L'intérêt économique aurait peut-être demandé,
« une rigueur plus grande, *l'interdiction absolue* de la
« faculté de rachat.

« En effet la vente à réméré, usitée pour les immeu-
« bles, rend la propriété de la terre incertaine et détourne le
« possesseur de toute amélioration ; ce n'est du reste le plus
« souvent qu'un emprunt déguisé qui laisse la terre aux
« mains du vendeur, sous condition qu'il paiera tel ferma-
« ge et remboursera telle somme à l'acheteur à une épo-
« que déterminée, ou quittera la terre. C'est, de toutes les
« formes de prêt immobilier, la plus onéreuse pour l'em-
« prun teur, celle qui favorise le plus les illusions et les
« spoliations. »

M. Acollas (*Manuel de droit civil*, t. 3, p. 314). « Parmi
« les applications dont est susceptible l'idée de résolution,
« la faculté de rachat est certainement une des plus pertur-
« batrices : toutefois ne trouble pas qui veut et comme
« il veut l'ordre nécessaire. Jadis, lorsqu'il existait de
« grands domaines et qu'on avait le culte des biens pa-
« trimoniaux, il arrivait que le seigneur féodal embarrassé
« s'adressât au juif ou au bourgeois, pour se procurer les
« ressources pécuniaires qui lui manquaient ; et alors la
« vente à réméré se présentait, au seigneur féodal, comme
« un mode d'emprunt fort utile pour lui permettre de
« se dégager sans aliéner ses domaines, au juif ou au
« bourgeois, comme un mode de placement qui échappait

« aux proscriptions de la loi. Le réméré, comme tous les « retraits correspondait donc aux nécessités sociales de « l'époque.

« Les choses ont bien changé.

« De nos jours le juif et le bourgeois ont pris la place « du seigneur féodal; or ceux-là ne se soucient pas de « concentrer la propriété foncière, en leurs mains. A la « terre qui immobilise l'argent, ils préfèrent le coffre fort « d'où les capitaux sortent et où ils rentrent à volonté; et « en même temps qu'on trouve peu d'individus qui aient « lieu de vendre à réméré, on en trouve bien moins encore « qui soient disposés à acheter ainsi.

« Qu'est-donc venu faire le réméré dans l'œuvre « napoléonienne? Il est venu fournir une nouvelle preuve « du dénument scientifique et de l'incapacité législative « de nos compilateurs; et, comme pour mieux faire « éclater les contradictions qui remplissaient le cerveau « de ces hommes, il a pris rang, non loin de la disposition « qui interdit le contrat pignoratif, un peu avant celle qui « annonçait la limitation du taux de l'intérêt de l'argent. »

Toutes ces critiques peuvent se grouper sous 2 chefs principaux et se résumer ainsi :

1° critiques de l'ordre économique avec M. Courcelle-Seneuil; la vente à réméré rend la propriété incertaine et détourne le possesseur de toute amélioration.

2° critiques juridiques avec M. Courcelle-Seneuil et les autres auteurs.

a. — La vente à réméré favorise au plus haut point les illusions et les spoliations, en un mot facilite l'usure (Chardon, M. Courcelle-Seneuil).

b. — Son maintien est en contradiction avec la prohibition de la clause commissoire (Chardon et M. Accollas).

c. — C'est un procédé rudimentaire qui jure avec l'hypothèque (Troplong).

d. — Enfin son utilité est nulle (M. Accollas).

Telles sont les objections ; il s'agit d'y répondre.

a. — La vente à réméré rend la propriété incertaine et détourne le possesseur de toute amélioration.

Ce reproche est juste ; mais est-il opportun ? Est-ce bien à la vente à réméré qu'il faut l'adresser, ne serait-ce pas plutôt à la condition résolutoire en général ? L'incertitude, qu'entraîne la vente à réméré dans la propriété, ne vient-elle pas de son caractère de condition résolutoire? S'il en est ainsi, pourquoi demander exclusivement la suppression de la vente à réméré? Soyez logique, faites comme M. Accollas ; demandez la suppression de toute condition résolutoire ; mais, si vous ne le faites pas, ne demandez point seulement celle de la vente à réméré.

Le reproche adressé uniquement à elle est d'autant plus déplacé, que non seulement, moins que toute autre condition résolutoire, elle rend la propriété incertaine, puisque l'incertitude qui peut durer 30 ans dans tout autre cas ne peut jamais dans celui-ci dépasser 5 ans ; mais encore, moins que toute autre, elle détourne des améliorations, puisque l'acquéreur, protégé par les dispositions de l'article 1673 contre toute perte considérable, peut donner, s'il lui plaît, à l'exploitation de la chose, toute l'extension qu'elle comporte.

a. — La vente à réméré favorise l'usure.



Admettons que cela soit ; la conclusion à laquelle on arrive est-elle forcée, quel est donc le contrat qui ne favorise pas l'usure ? L'échange, le louage, la société en sont-ils exempts, et parle-t-on de les supprimer ? La vente pure et simple elle-même ne s'y prête-t-elle pas ?

Qui ne connaît le contrat Mohatra, ce contrat par lequel un débiteur obéré achète à un usurier une chose à un prix excessif, et la lui revend ou la revend à un tiers à un prix dérisoire ?

Mais la vente ordinaire, dégagée de cette complication d'achat d'abord et de revente ensuite, ne peut-elle pas dissimuler l'usure ? N'arrive-t-il pas tous les jours qu'un propriétaire en détresse, ayant contre lui la nécessité pour agir à forces égales, vend sa chose bien au-dessous de sa valeur et parle-t-on de supprimer la vente ?

Pourquoi alors, s'il est vrai que la vente à réméré est parfois usuraire, la traiter autrement ? Il faudrait au moins, pour en arriver à cette extrémité, qu'elle le fût toujours ? Mais, pour qu'elle le fût toujours, il faudrait tout d'abord qu'elle servît exclusivement d'instrument de crédit ?

Or cela n'est point vrai.

En dehors des cas, où elle est consentie par un individu gêné qui cherche dans la vente des ressources, ne pouvons-nous pas supposer telles hypothèses où ce motif ne commandera plus l'aliénation ?

Ennui d'administration, impossibilité momentanée d'administrer, départ avec quelque esprit de retour ne sont-ce point autant de cas qui peuvent se présenter, où la vente

à réméré sera d'une grande utilité, et où le motif ci-dessus n'existe pas ?

Et même servant uniquement d'instrument de crédit, est-il vrai qu'elle soit toujours usuraire ?

Originaire d'une contrée du centre, où d'une part, l'industrie et le commerce se sont peu développés, où la terre jusqu'à la crise de ces derniers temps, est restée la valeur par excellence, où les ruines financières, qui se produisent si fréquemment, détournent les habitants des placements en valeurs fiduciaires, et leur font considérer que le meilleur moyen d'employer leurs fonds disponibles est d'en acheter des terres, où d'autre part, les usages anciens, tendant tous à maintenir le plus possible dans son intégrité le patrimoine foncier, sont poussés si loin que peu de pères de famille meurent intestats et que, dans leurs dispositions testamentaires, ils attribuent au fils aîné, outre sa réserve, une sorte de quarte avantageuse, quarte généralement égale en fait à la quotité disponible et consistant en terres : pour ce double motif, désir d'un côté chez le vendeur de conserver le bien patrimonial, de l'autre, chez l'acheteur de faire un placement sérieux, nous avons vu et nous voyons encore la vente à réméré pratiquée couramment avec ses caractères légaux et dans sa pureté primitive. L'acheteur à réméré n'est pas un spéculateur, un usurier, mais seulement un cultivateur qui cherche à étendre son domaine et qui, dans l'espèce, acquiert le fonds dans le but de l'exploiter pour son compte.

Et à notre propre témoignage nous pouvons ajouter celui de jurisconsultes justement autorisés.

« Dans le midi de la France. écrit Troplong (*Traité de la*

« *vente*, T. 2, p. 223) je l'ai vu pratiqué par des hom-
« mes de la plus intacte probité qui ne l'emploient que
« comme moyen hypothécaire. »

Et Toullier, tome 2 page 12 : « Mais l'expérience ap-
« prend que les hommes les plus honnêtes, effrayés avec
« raison des dangers que présentent les prêts sur hypo-
« thèques, des lenteurs et des difficultés de l'expropria-
« tion forcée, se déterminent ainsi à acheter à pacte de
« réméré. »

Une fois encore, du moment que la vente à réméré n'est pas toujours usuraire, pourquoi lui appliquer un sort différent de celui des autres contrats ?

Au surplus, lorsqu'on parle de supprimer la vente à réméré, on veut parler évidemment de la clause de réméré ; on suppose donc que, lorsque l'usure existe dans la vente elle vient de la clause.

Mais, ce reproche adressé à la clause de réméré de favoriser l'usure, est-il justifié ? Est-ce bien elle qui l'attire ? L'usure n'existerait-elle pas sans elle ?

Que la clause de réméré soit interdite, celui, dont le crédit est ruiné, sera-t-il arrêté dans son désir de vendre ? Nullement ; il vendra, il faut qu'il vende, il est pressé par le besoin. Vendra-t-il à meilleures conditions ? Non encore ; il faut qu'il les subisse, n'ayant pas un moment à perdre pour faire de l'argent.

L'usure existe donc, dans la vente, indépendamment de la clause de réméré.

D'où vient donc l'usure ? Elle vient de ce que les parties ont traité à forces inégales, que le besoin de vendre

était plus grand chez le vendeur que le besoin d'acheter chez l'acheteur.

Mais cette inégalité de forces est-elle due à la clause de réméré ? que vient-on alors reprocher à celle-ci, que vient-on alors demander sa suppression ?

Mais, loin de la supprimer, il faut la maintenir et tout faire pour la maintenir. La clause de réméré est d'un immense secours à celui qui vend pour refaire son crédit. Ayant vendu purement et simplement, à des conditions désastreuses, n'ayant plus la possibilité de rentrer dans son bien s'il n'y a pas lésion légale, il est définitivement sacrifié, la perte, qu'il a faite le jour de la vente, il ne peut jamais espérer la réparer.

S'il a vendu à réméré au contraire, comme sa situation change ; il a un moyen de tout réparer : c'est de restituer la somme qu'il a touchée ; s'il ne peut pas réunir la somme suffisante, il peut du moins disposer du droit qui lui est resté, le céder à titre onéreux et diminuer d'autant la perte. Qui ne voit dès lors que loin de favoriser l'usure, la clause de réméré lui est un palliatif puissant ?

Et non seulement cela, non seulement elle vient au secours du vendeur qui cherche dans la vente du crédit ; mais, elle rend un très grand service à la justice, elle rend plus facile la répression de l'usure. Elle met sur sa voie en circonscrivant le cercle des ventes usuraires. Ce n'est que parmi celles surtout, qui ont été contractées avec cette clause, qu'il faudra chercher les ventes usuraires ; car tous les vendeurs obérés essaieront de l'employer et il n'y a qu'eux qui aient à craindre l'usure.

b. — Il y a manque de logique de maintenir la vente à réméré et de prohiber la clause commissoire.

Après ce que nous venons de dire, il est inutile de nous arrêter longtemps pour répondre à cette objection.

Du moment que la vente est usuraire indépendamment de la clause de réméré, du moment surtout quelle est un palliatif de l'usure, nous ne voyons pas de contradiction à la prohibition de l'une et au maintien de l'autre. Au contraire, comme plus haut, la clause de réméré apporte encore ici un tempérament.

L'usure se revêtira de la vente pure et simple si la clause de réméré n'existe pas, mais dans ce cas l'article 2088 n'est-il pas violé et à tout jamais? Si la clause de réméré existe, n'y a-t-il pas au contraire des chances pour qu'il ne le soit pas?

c. — La vente à réméré est un procédé rudimentaire qui jure avec l'hypothèque.

La vente à réméré, si nous l'envisageons comme instrument de crédit, nous rappelle en effet la mancipation fiduciaire et à ce titre occupe le bas de l'échelle.

Malgré cela le reproche, qu'elle jure avec l'hypothèque, est exagéré. A divers points de vue elle lui est préférable : « En effet, d'une part, l'emprunt sur hypo-
« thèque n'est possible que lorsque l'emprunteur est
« propriétaire d'un immeuble, article 2118, tandis que la
« vente à réméré peut s'appliquer même à un meuble;
« d'autre part, la constitution d'hypothèque entraîne
« nécessairement les frais d'un acte notarié, article 2127,
« tandis qu'un acte sous seing privé peut suffire pour
« la vente à réméré; enfin et surtout la vente à réméré

« procurera, souvent au propriétaire, une somme plus « forte que l'emprunt sur hypothèque, car celui qui prête « sur hypothèque ne perd pas de vue, que la réa- « lisation du gage hypothécaire entraîne des frais con- « sidérables, qui peuvent absorber la valeur des biens « lorsqu'elle est minime, et il ne prête que ce que peut « valoir l'immeuble, déduction faite de ces frais (M. « Baudry-Lacant, Tom. 3. n° 572). »

c. — *La vente à réméré n'a plus l'utilité qu'elle avait autrefois pour le seigneur d'une part, le juif et le bourgeois d'autre part.*

Que nous importe qu'elle ne soit plus utile au juif, qui peut maintenant prèter ouvertement son argent, au seigneur, qui n'a plus le même culte pour les biens de ses ancètres? Que nous importe cela, si elle est utile à d'autres? Et tout ce que nous venons de dire, ne le prouve-t-il point surabondamment? Alors même qu'elle n'aurait d'autre utilité que de pallier l'usure et de la rendre plus saisissable, n'est-ce pas assez pour lui laisser une place dans nos lois?

Nous croyons donc avoir répondu à toute les objections et avoir ainsi justifié notre étude.

Nous nous proposons d'exposer en détail les règles *du droit civil.*

Il est question de la vente à réméré au Code, au titre de la vente, dans les articles 1659 à 1673 inclusivement et au titre du louage dans l'article 1751.

Voici à quels objets principaux, indiqués par la nature des choses viennent se lier toutes les règles

qui se rattachent à notre sujet et qui formeront la matière d'autant de chapitres.

CHAPITRE I. — Nature et conditions de validité.

CHAPITRE II. — Notions générales sur le contrat pignoratif.

CHAPITRE III. — Situation des parties *pendente conditione*.

CHAPITRE. IV. — Exercice de la faculté de rachat.

CHAPITRE V. — Délai dans lequel l'exercice doit avoir lieu.

CHAPITRE VI. — Effets de l'exercice.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE. — CONDITIONS DE VALIDITÉ.

SECTION I.

Nature.

Dans le très ancien droit la question fut fortement controversée au dire de Zoannetus *Tract. de empt. vend. sub. pacto de retr.* n. 111. Mais de bonne heure un revirement se fit en faveur du caractère résolutoire et à l'époque de Pothier il n'y avait aucun doute en ce sens.

Lui-même au numéro 411 de son traité de la vente écrit :

« Le réméré n'est pas une nouvelle vente que l'ache-
« teur fait au vendeur, mais une simple résolution de la
« vente qui a été faite..... le réméré est *distractus po-*
« *tius quam novus contractus.* »

Le code reproduit cette ancienne physionomie, quoique, à consulter seulement la dénomination dont il se sert pour désigner notre opération, on pourrait croire qu'il l'a rejetée. Il l'appelle en effet « faculté de rachat ou de réméré » expression qui implique l'idée d'une revente.

Mais d'une part la rubrique du chapitre est ainsi conçue : « de la nullité et de la résolution de la vente » et

l'article 1658 range expressément la faculté de rachat au nombre des causes de résolution.

D'autre part l'article 1659 la définit : « un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article de 1673.

Et l'article 1673 donne pour effet à l'exercice de celui-ci d'effacer la vente et de replacer les parties dans l'état où elles auraient été si elles n'eussent point contracté : « lorsque le vendeur rentre dans son héritage par effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes charges dont l'acquéreur l'aurait grevé. »

Le pacte de rachat événement futur et incertain, de l'arrivée duquel on fait dépendre l'extinction de la vente, est donc une condition résolutoire.

La condition résolutoire est expresse ; il est utile de le mentionner, nous en tirerons une conséquence importante lorsque nous étudierons l'exercice du pacte. La condition résolutoire est enfin potestative, il dépend dans une certaine mesure du vendeur de la faire arriver ou non.

Le principe que la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire, est la clef de voûte de toute l'étude à laquelle nous devons nous livrer.

De ce principe découlent toutes les règles qui gouvernent la vente ainsi modifiée et c'est à lui que nous recourrons en cas de difficulté.

Les conséquences les plus importantes et auxquelles nous donnerons tout leur développement dans la suite sont les suivantes :

1° Le vendeur reste propriétaire sous condition suspensive.

2° Il redevient propriétaire *ipso jure* par l'arrivée de la condition.

3° Les droits réels consentis par l'acheteur sont résolus par l'exercice du droit de réméré.

Toutes différentes seraient les conséquences si ce n'était qu'une promesse unilatérale de revente.

Mais, pour que le pacte de réméré soit considéré non comme une promesse unilatérale de revente, mais comme une condition résolutoire, il faut qu'il ait été stipulé avec la vente même, qu'il en ait formé une des réserves. S'il était apposé *ex intervallo* à une vente pure et simple à l'origine, il ne serait qu'une promesse de revente.

On ne conçoit pas en effet qu'un droit primitivement pur et simple devienne postérieurement conditionnel.

C'est ce que reconnaissait aussi l'ancien droit « *Hujus* « *modi pactum*, dit Tiraqueau, *esse partem contractus* » par. 1 glose 2, n° 1.

Et Pothier n° 431 de la vente : « Il faut décider tout « le contraire de ce que nous venons de décider, lorsque « la faculté de réméré n'a été accordée que par une « convention postérieure au contrat de vente et *ex inter-* « *vallo*.

Section II

Conditions de validité.

La vente avec faculté de rachat est avant tout une vente, elle doit donc réunir pour être valable toutes les conditions exigées pour la vente pure et simple, cause licite, consentement, capacité, objet. — Rien à dire sur la nécessité d'une cause licite, ni sur celle du consentement si ce n'est, ce que nous verrons au chapitre suivant, que les tribunaux ont une liberté entière pour apprécier la nature de l'acte que les parties ont fait en prenant la forme d'une vente à réméré ; nous allons borner nos explications à la capacité et à l'objet.

1° *Capacité.* — Sont capables tous ceux qui ne sont pas incapables ; or sont tout d'abord incapables de contracter à réméré tous ceux que les articles 1595, 96 et 97 ne déclarent point incapables de vendre purement et simplement.

Mais n'y-a-t-il que ceux-là ? Il y a difficulté pour 2 catégories de personnes, les époux et les mineurs.

a. — *Les époux.* Dans les cas où la vente entre époux est permise, l'un d'eux peut-il vendre à réméré son bien à l'autre. Quelques auteurs s'appuyant sur le but de cette exception à la prohibition de la vente entre époux décident négativement. Dans 3 cas, disent-ils, la loi permet aux époux de se remplir de leurs droits au moyen de dations en paiement ; mais si elle permet que l'époux débiteur ajoute la clause de réméré ce but ne

sera pas atteint, en exerçant le réméré il fera revivre son ancienne dette. C'est une erreur. L'ancienne dette ne revivra pas, puisque, pour exercer le réméré, il faudra débourser exactement le montant de la dette.

Nous pouvons donc décider que dans le cas où la vente entre époux est permise, la vente avec faculté de rachat l'est aussi.

b. — *Les mineurs.* Deux cas distincts sont à examiner.

Un mineur peut-il vendre son bien à réméré ? Suivant Duvergier (T 2 ; page 17) il ne le pourrait pas, « les aliénations de ces biens sont assujetties à des for-« malités qui repoussent pareille stipulation. »

Cette solution n'est pas admissible. Les formalités de la vente des biens de mineurs ne s'opposent pas à l'emploi de cette clause. Elles n'ont qu'un but : sauvegarder l'intérêt du mineur, veiller à ce que la vente n'ait lieu que lorsqu'elle est utile, nécessaire, qu'elle ne s'opère qu'aux meilleures conditions.

La clause de réméré, loin de nuire au mineur, est toute dans son intérêt. Elle entre même dans l'esprit de la loi, puisqu'elle tend au même résultat que les formalités : conservation des biens dans la famille.

Aucun obstacle donc du côté du mineur. Il n'y en a pas davantage du côté de l'adjudicataire ; rien n'empêche en en effet qu'un adjudicataire acquière sous condition résolutoire. Nous soutenons en conséquence qu'un mineur peut vendre à réméré.

Ce même mineur peut-il acheter à réméré ? — Cette question divisait les anciens. Fachinée (livre 2 controv. 3) rapporte les différentes raisons qui faisaient décider dans

un sens ou dans un autre. L'opinion dominante était cependant que la clause de réméré était nulle, parce qu'elle permettait d'éluder la règle par laquelle un bien de mineur ne peut-être vendu sans décret du juge ; mais la vente restait valable comme pure et simple. Pothier n° 386 était de l'opinion contraire et critiquait le résultat de la majorité tout à l'avantage du mineur.

Si, anciennement à une époque où la nature du réméré n'était pas bien définie, il a été possible de discuter, il n'en est plus de même aujourd'hui ; la clause de réméré étant une condition résolutoire, c'est par l'effet de la condition résolutoire et non à titre de vente que les biens repassent dans les mains du vendeur primitif. On ne viole donc pas, en permettant au mineur d'acheter à réméré, la règle par laquelle les biens d'un mineur ne peuvent être vendus que par autorité de justice.

Le lui défendre au reste, ce serait lui défendre d'une façon absolue d'acheter sous condition résolutoire.

En résumé, à notre avis peuvent acheter ou vendre à réméré tout ceux qui peuvent acheter ou vendre purement et simplement.

2° *Objet*. Il nous faut distinguer d'une part, la vente proprement dite qui a pour objet un meuble ou un immeuble (1), car la loi ne distingue pas, et une somme d'argent librement débattue entre les parties ; d'autre part la clause de réméré. L'objet de la clause seul doit nous intéresser.

La clause offre au vendeur la faculté de reprendre la chose vendue en remboursant le prix et les accessoires.

1. Dans le cours de nos explications nous supposerons toujours une vente immobilière.

La règle est donc que l'objet de la clause doit être identiquement le même que celui de la vente, et quant à la chose et quant au prix. Mais les parties peuvent-elles déroger à cette règle soit en élevant, soit en abaissant le prix ?

a. — Peut-on stipuler que le vendeur remboursera un prix plus élevé ?

Duranton t. 16, p. 440 — Troplong t. 2, p, 227, pensent que c'est un moyen d'éluder la loi contre l'usure.

Pour eux donc cette convention décèle un contrat usuraire et à ce titre est illicite.

Pothier était d'un avis contraire. n° 414.

Cette clause, disait-il en substance, n'est pas de la nature de la vente. Le réméré n'est pas dû au vendeur. Il n'y a rien d'extraordinaire qu'il l'achète ; quelle que soit la somme, il n'a pas à se plaindre, il n'est pas tenu de reprendre le bien.

Ces deux opinions nous paraissent exclusives.

Pothier raisonne en jurisconsulte qui ne quitte pas les hauteurs de la théorie purement spéculative. Duranton et Troplong cèdent à un mouvement naturel d'animosité contre les usuriers, et créent, dans le désir louable de déjouer leurs fraudes, une prohibition que la loi n'établit point ; « ils déclarent de droit toujours et de droit « frauduleuses des stipulations qui le sont souvent, mais « qui quelquefois peuvent être légales et loyales » (Toullier, t. 17, n° 12), on en peut citer des exemples. L'exercice du réméré peut faire perdre quelque chose à l'acheteur, tout au moins les espérances légitimes qu'il avait conçues à l'occasion du contrat, n'est-il pas naturel qu'il

cherche à obtenir une juste compensation. — S'il s'agit d'un immeuble, la crainte du rachat va probablement l'empêcher de le grever d'hypothèques, de constituer sur lui des servitudes, c'est-à-dire que ce bien une fois acquis, son crédit ne se sera pas trouvé augmenté ; s'il s'agit d'un bien peu productif de fruits, pendant tout le délai l'acheteur n'en aura tiré presqu'aucun avantage, tandis que le vendeur aura bénéficié des intérêts du prix que son cocontractant lui a fourni. N'est-il pas raisonnable qu'il se prémunis-e contre de pareilles éventualités ?

Nous nous garderons dès lors de décider *a priori ;* mais, laissant au juge toute latitude, nous lui dirons de discerner quelle a été l'intention des parties en joignant cette clause à la vente ; et sur ce point son interprétation sera souveraine.

La convention maintenue comme licite vaudra-t-elle comme condition résolutoire ?

Nous ne voyons aucune raison pour qu'il en soit autrement. Que l'on ne nous objecte pas, comme le fait M. Laurent, t. 24. n° 401 que « la clause dont il s'agit est contraire à l'essence d'une condition résolutoire » puisque l'acheteur touchant plus qu'il n'a déboursé, il n'est pas replacé dans son état primitif.

Nous ne comprenons pas cette objection, puisque c'est pour se replacer dans leur état primitif, pour indemniser l'acheteur du préjudice qu'il éprouve, que les parties ont convenu d'un prix plus élevé.

Et puis, alors même que l'une des parties ne serait pas replacée identiquement dans l'état où elle aurait été si elle n'eût point contracté, cette modification aux effets de la

condition résolutoire ne la dénature pas dans son essence. On peut bien apporter une modification à un acte sans que cet acte perde sa nature, son nom, ses caractères.

La loi le fait bien dans l'article 1673 *in fine*. Elle apporte bien une modification aux effets de la condition résolutoire, en maintenant les baux faits sans fraude par l'acquéreur, et cela n'empèche point de considérer la vente à réméré comme vente sous condition résolutoire. Pour quel motif, lorsque ce sont les parties elles-mêmes qui modifient la condition résolutoire, serait-on plus sévère ?

B. — *Peu'-on stipuler une somme plus faible?*

Nous ferons à cette question une réponse analogue à celle que nous venons de faire pour l'hypothèse inverse, avec cette différence que cette convention sera toujours licite. Nous ne concevons pas en effet qu'elle puisse être usuraire.

CHAPITRE II

DU CONTRAT PIGNORATIF

On ne peut pas parler de la vente à réméré sans parler du contrat pignoratif : ce sont 2 opérations trop intimement liées l'une à l'autre.

Le contrat pignoratif, c'est l'usure dans la vente à réméré. C'est un contrat de prêt avec nantissement déguisé sous la forme d'une vente à réméré. Les parties n'ont pas eu l'intention d'opérer une vente ; il n'y a au fond ni acheteur ni vendeur, nous nous trouvons en face d'un prêteur et d'un emprunteur. Le prêteur a joué le rôle d'acheteur, l'emprunteur celui de vendeur. Le prix d'achat est le montant du prêt, la chose vendue en est la garantie.

Le contrat pignoratif a vu le jour au moyen âge vers le XII ou XIIIe siècle, à cette époque où, sous l'influence de l'Eglise, le prêt à intérêt et l'Antichrèse ou mort-gage furent prohibés dans la plus grande partie de la France. Il eut pour but d'éluder la règle qui venait d'être imposée à la société. Le débiteur vendait en apparence un immeuble à son créancier, qui lui payait une certaine somme et s'engageait à le lui rendre, si, dans un délai déterminé, le vendeur lui restituait le prix. Le créancier, en jouissant

1. Voir l'étude de M. Carol, dans le *Recueil de l'Acad. de lég. de Toul.*, 1856, p. 203.

de l'immeuble, se payait les intérêts et réalisait ainsi indirectement le but qu'on ne pouvait atteindre directement. En quoi pareille opération tombait-elle sous la sanction de la loi ; les contractants ne pouvaient-ils se croire en sûreté ?

Aujourd'hui le contrat pignoratif n'a plus pour but de cacher le prêt à intérêt ni l'Antichrèse ; l'un et l'autre sont permis ; mais de cacher des intérêts excessifs et surtout de violer la disposition si sage des articles 2078 et 2088 qui prohibent la cause commissoire. Avec la vente à reméré, en achetant la chose au-dessous de sa valeur, rien de plus facile que d'obtenir ce double résultat avec l'espérance d'être couverts par la loi.

Voilà le but, que les parties se sont successivement proposé au moyen du contrat pignoratif, but aussi illicite dans l'ancien droit que de nos jours ; puisque, alors comme maintenant, il voulait violer une disposition d'ordre public.

Les parlements ne se laissèrent pas surprendre ; allant au fond des choses il déclarèrent qu'il n'y avait là qu'un prêt d'argent ; mais tout d'abord ils furent très circonspects avant de dénoncer l'opération comme ayant ce caractère.

Ils exigèrent qu'au retrait conventionnel vinssent s'ajouter deux autres éléments au moins : 1° une *relocatio* de l'acheteur au vendeur ; 2° une *vilitas pretii* et quelquefois un 3° une *consuetudo fœnerandi*. Lorsque ces éléments étaient réunis, il y avait pour eux une présomption de fraude *juris et de jure*.

Mais plus tard la réunion de ces 3 éléments ne fut plus nécessaire, il suffit pour dénoncer l'acte comme contrat pignoratif d'y rencontrer la convention de retrait et la

vilité du prix, envisagée, non pas d'une façon abstraite (comme le voulaient certains auteurs qui posaient en principe que le prix était vil quand il n'atteignait pas la moitié de la valeur de la chose) mais comme le voulait Dumoulin, eu égard aux circonstances du fait. Autrement dit toute liberté d'appréciation était laissée aux tribunaux.

Cette variation dans la jurisprudence s'explique.

On comprend qu'il fallut à l'origine et la clause de retrait et la *relocatio* et la *vilitas pretii*.

Ceux qui voulaient tourner la loi, trouvant dans la loi un moyen facile de la tourner, ne pensant pas à l'analyse que pourraient faire les tribunaux de leur opération, cherchèrent à se gêner le moins possible ou plutôt à gêner le moins possible le créancier. La *relocatio*, débarrassant le créancier des ennuis de l'administration, lui procurant de bons écus à la place de denrées qu'il faut écouler, ne pouvait manquer d'être employée, ainsi que la *vilitas pretii* qui augmentait les intérêts.

Mais lorsque la jurisprudence eut donné l'éveil, lorsqu'elle eut dévoilé l'usure, ces éléments qui trahissaient trop bien l'intention des parties, furent évidemment écartés. Le préteur, pour ne pas manquer un gain qu'il n'eût fait d'aucune autre manière, dut s'imposer la gêne de prendre la chose à sa charge, d'établir un rapport plus juste entre le prix et la chose, se rapprocher en un mot davantage de la vente, pour mieux se mettre à couvert.

A moins de laisser la fraude impunie, la jurisprudence fut bien amenée à modifier son crit rium.

Pour les mêmes raisons, le criterium suivi dans le der-

nier état de notre ancien droit, doit être suivi aujourd'hui et l'est en effet.

Ceux, qui voudront violer les articles 2078 et 2088, se garderont en général de mettre à jour leur but en révêtant leur opération de signes aussi caractéristiques d'usure que la *vilitas pretii* prononcée et la *relocatio*, ils l'envelopperont d'une apparence plus licite encore.

Les tribunaux pourraient-ils être enchaînés pour déjouer la fraude ? Ne faut-il pas leur accorder toute liberté d'appréciation ?

Voilà donc ce que c'est que le contrat pignoratif, quelle est sa nature, quel est son but, en quoi il diffère de la vente à réméré.

La distinction n'est pas une distinction purement spéculative. Le contrat pignoratif reconnu ne peut pas avoir les mêmes effets que la vente à réméré.

Lors de son apparition, il fut déclaré nul et entièrement nul par les parlements. Ce fut l'opinion longtemps suivie par le parlement de Paris qui l'érigea en doctrine dans le célèbre arrêt de 1552 par lequel « il fut fait inhi-
« bitions et défenses, à toutes sortes de personnes, de plus
« faire ni passer aucun contrat d'engagement et pigno-
« ratif sous peine de confiscation de deniers et amende
« arbitraire. »

Ainsi nullité entière de l'opération, amende même, telle fut la sanction que les parlements apportèrent d'abord croyant, par la sévérité qu'ils déployaient mettre un frein, à l'usure envahissante ; il n'en fut rien, la nécessité était trop forte. Ce remède fut impuissant comme le prouve la parole de Dumoulin « *via aperta* », disait-il en parlant

du contrat pignoratif, « *ad illicitum fœnus exercendum* » (*Tract. contr. usur. quest.* 56, n. 392 et 393).

Aussi la doctrine de 1572 fut-elle modifiée ; les parlements finirent par distinguer dans le contrat pignoratif 2 parties : l'une qui fut maintenue comme parfaitement licite : le prêt ; l'autre qui fut annulée : la convention d'intérêts déguisés : (V. les arrêts cités par Merlin, V contrat pignoratif, par. 2). En même temps, supprimant cet effet de la vente en vertu duquel, faute d'être remboursé à l'échéance, l'acheteur devenait propriétaire incommutable, ils admirent dans les ventes pignoratives le débiteur à purger « la demeure du réméré quelque « fût le délai conventionnel ; et ne permirent au créan- « cier de retenir la propriété à titre de paiement, qu'après « une instance dans laquelle le vendeur pouvait se faire « relever de la déchéance encourue. C'était alors la justice « en quelque sorte qui faisait au créancier la vente de l'im- « meuble impignoré (M. Carol). »

Aujourd'hui incontestablement le contrat pignoratif vaut comme prêt, mais vaut-il comme prêt avec nantissement ? M. Carol ne le pense pas : « Si la nullité de la « vente à réméré est prononcée ; ce contrat ne saurait sub- « sister en qualité de prêt sur gage ou avec antichrèse, il « tombera tout entier comme conférant un nantissement, « il ne survivra que comme prêt nu... »

Nous regrettons de ne pouvoir suivre M. Carol jusque là. Nous verrions avec plaisir le prêteur puni des tentatives qu'il a faites pour tourner la loi, il ne mérite en effet aucune faveur. Mais la loi ne nous en fournit pas le moyen. Elle n'a pas disposé ici comme elle a disposé dans

les articles 911 et 1099 pour les donations déguisées. C'est une lacune, mais c'est une lacune que l'interprète ne peut pas combler. Les seuls articles que nous ayons sont l'article 3 de la loi de 1807 et l'article 2088. L'article 3 dispose que, si le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant l'intérêt légal, le prêteur sera tenu de restituer. — Et l'article 2088 que, s'il a été convenu que le créancier gagiste s'approprierа le gage s'il n'est point payé à l'échéance, cette clause seule est nulle.

Voilà l'unique sanction qu'établissent ces 2 textes ; ils se contentent de retrancher ce qui est défendu sans distinguer si la violation a été directe ou indirecte.

Le contrat pignoratif vaudra donc comme prêt avec nantissement. C'est du reste l'opinion de la jurisprudence (D. P. 1838, 2112. — 1853, 1102 ; et surtout : Alger 14 mai 1878. *Journ. des notaires et des avocats*, 1879, page 167).

Un dernier point nous reste à examiner ; quelle sera la durée accordée aux parties pour faire donner à l'acte sa véritable signification ?

Le vendeur sera-t-il forclos après l'échéance ? Evidemment non ; car l'article 1662 ne concerne que les ventes à réméré considérées comme telles.

Sera-ce 10 ans d'après l'article 1304 ?

Pas davantage. L'article 1304 régit uniquement les nullités d'actes. Or, ce que le vendeur réclame, c'est plutôt une interprétation d'acte ; et les demandes en interprétations d'acte, n'étant pas gouvernées par des règles spéciales, demeurent soumises à l'article 2262.

Le vendeur aura donc 30 ans.

CHAPITRE III

SITUATION DES PARTIES *pendente conditione.*

Deux situations sont à considérer. La situation de l'acheteur, la situation du vendeur.

SECTION I

Situation de l'acheteur.

La vente avec faculté de rachat est une vente sous condition résolutoire ; or la vente sous condition résolutoire produit présentement les mêmes effets que la vente pure et simple, article 1183.

Le situation de l'acquéreur à réméré, acquéreur sous condition résolutoire sera donc, à moins de dérogation formelle écrite dans la loi, celle d'un acheteur ordinaire. L'article 1665 *in principio*, nous disant que l'acquéreur à réméré exerce tous les droits de son vendeur, vient au surplus nous le démontrer.

Voyons-en quelques conséquences ; car, quoique le principe que nous venons de poser soit certain et incontestable, il rencontre dans plusieurs de ses applications de sérieuses difficultés.

Première conséquence. — Droit de délivrance.

L'acheteur à réméré pourra exiger immédiatement, *hic et nunc*, la délivrance de la chose et de ses accessoires, la

cession des titres, des papiers qui s'y rapportent et dont il pourrait avoir besoin.

Deuxième conséquence. — Droit de jouissance.

Mis en possession de la chose, l'acheteur aura la jouissance la plus complète, il recueillera les fruits, il administrera librement, pourra faire subir à la chose les modifications qu'il jugera utiles, au lieu d'être tenu, comme l'usufruitier, à jouir *salva substantia.*

En un point cependant, le droit de jouissance de l'acheteur à réméré diffère du droit de jouissance de l'acheteur ordinaire ; c'est quant au droit d'expulser le preneur.

L'article 1743 autorise dans 2 cas l'acquéreur ordinaire à expulser le preneur :

Premier cas. — Lorsque le bail a date certaine, si le bailleur s'est réservé ce droit.

Deuxième cas. — Lorsque le bail n'a pas date certaine. Dans ces 2 cas, l'acquéreur peut expulser le preneur immédiatement après son entrée en jouissance.

L'article 1751 au contraire traite différemment l'acheteur à réméré, il restreint son droit : « L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable. »

Tandis que le 1° peut agir de suite, l'autre doit attendre.

Brodeau sur Louet, lettre *l*, sommaire IV, n° 9, refusait à l'acheteur à réméré le droit d'expulser le locataire de la maison, et dans ce sens il cite un arrêt du 6 mars 1627.

Il en donnait pour raison « que l'acheteur n'est pas en « l'espèce seigneur et propriétaire incommutable pendant le « temps de grâce et que pouvant être évincé lui-même « par son vendeur, il n'est pas juste qu'il évince et ex- « pulse le locataire qui a droit de lui. »

Le législateur moderne a recueilli et maintenu cette disposition.

Telle est la règle; mais il ne faudrait pas l'exagérer, et appliquer, comme on l'a fait (Troplong, *Louage*, t. 2. 525. Marcadé sur l'article 1751. Duranton, t. 17. n. 154) une disposition que l'on ne peut pas moins qualifier, que de rigoureuse, à l'expulsion de locataires dont les baux n'ont pas date certaine ; quelle position ne ferait-on pas à notre acquéreur ? On le placerait sans texte formel, en dehors du droit commun de l'article 1328 (Comp. MM. Aubry et Rau, Edit. 4°, t. IV. § 257. Col. de S. t. VII. n. 148 *bis*).

Troisième conséquence. Droit de disposition.

L'acheteur à réméré a le droit d'aliéner la chose à titre gratuit ou à titre onéreux, de constituer sur elle des droits réels, tels que servitudes et hypothèques, etc., mais bien entendu les droits qu'il confère sont soumis à la même cause de révocation que le sien.

Quatrième conséquence. Droit d'opposer le bénéfice de discussion.

L'acheteur à réméré peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur. L'article 1666 au

reste le rappelle, « Il peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur. »

Sur la portée à donner à cet article, un désaccord est survenu entre les interprètes.

Certains, Troplong, vente, t. 2, n° 743. Dur. 16, n° 412. Duvergier t, 2, n°33, y voient une simple application des art. 2170-2171, c'est-à-dire que l'acheteur à réméré, tiers détenteur non tenu personnellement à la dette, peut, si le bien acquis n'est pas grevé d'un privilège ou d'une hypothèque spéciale, s'opposer à la vente du bien par les créanciers hypothécaires, si, dans le patrimoine du vendeur, se trouvent d'autres biens hypothéqués à la même dette.

Certains autres, parmi lesquels Laurent, t. 24, n°390. M. Colmet, t. 7, n°142 *bis*, y voient en outre une dérogation à l'article 1166, c'est-à-dire que l'acquéreur à réméré pourra non seulement opposer le bénéfice de discussion aux créanciers hypothécaires, mais aussi aux créanciers chirographaires, exercant les droits de leur débiteur, exerçant en son nom le réméré.

Ces derniers raisonnent ainsi :

1° L'art. 1666 ne distingue pas ; ses termes sont généraux ; il englobe tous les créanciers du vendeur ; pourquoi distinguer où la loi ne le fait pas ?

2° D'autant plus que s'il en était ainsi, l'art. 1666 serait deux fois inexact. *a.* — Il ne devrait parler que des créanciers hypothécaires, *b.* — Il ne devrait pas restreindre son application aux seuls créanciers du vendeur ; l'immeuble peut être grevé d'hypothèques du chef de précédents propriétaires.

3° Enfin ce serait faire double emploi avec l'art. 2170.

Ce raisonnement serait juste, si le but de l'art. 1666 était de réglementer le droit de discussion dans les mains de l'acquéreur à réméré. On pourrait prendre les termes de 1666 à la lettre et en déduire les conséquences de raison. Mais le but de l'art. 1666 est tout autre. Ce qu'il est venu faire c'est ce qu'est venu faire l'art 1665 dont il n'est que le corollaire, c'est montrer que l'acquéreur à réméré, quoiqu'ayant acquis sous condition résolutoire, est un véritable propriétaire, un tiers détenteur jouissant des droits dont jouit le tiers détenteur ordinaire.

L'acquéreur à réméré exerce tous les droits de son vendeur tel est le principe qui est posé dans l'article, 1665 *in principio*. Et, après en avoir tiré une première conséquence dans la suite de l'article « il peut prescrire », la loi en tire immédiatement une seconde dans l'art. 1666 : il peut opposer le bénéfice de discussion.

Maintenant dans quels cas, à quelles conditions? L'article 1665 n'a pas à s'en préoccuper ; il n'a qu'à renvoyer au siége de la matière, aux articles 2170-2171. Et dès lors, peut-on argumenter du manque de précision ?

Le premier système est seul admissible et voici pour quelles raisons.

1° Le bénéfice de discussion suppose une expropriation forcée ; c'est lorsqu'un créancier veut saisir, faire vendre, qu'il peut être question d'opposer le bénéfice de discussion ; mais un créancier chirographaire qui veut exercer le réméré aux lieu et place de son débiteur ne vient pas saisir, faire vendre, exproprier. Comprendrait-on dès lors

une pareille impropriété de terme, dans la bouche du législateur.

2° L'acheteur ne pourrait opposer au vendeur ce soit disant bénéfice de discussion ; comment alors pourrait-il l'opposer aux créanciers qui ne font qu'exercer le droit du vendeur? Mais, si la loi avait voulu cela, elle aurait voulu quelque chose d'absurde; supposons que l'article 1666 signifie ce que veulent lui faire signifier nos adversaires. L'acheteur ne veut pas que les créanciers exercent le réméré. Que vont faire les créanciers? Ils donneront au vendeur la somme nécessaire pour exercer le réméré et celui-ci l'exercera en toute efficacité. L'acheteur sera bien avancé d'avoir refusé et la loi aussi. Un pareil moyen d'éluder la loi montre bien que telle n'est pas la loi.

3° Donner pareille interprétation c'est favoriser injustement l'acheteur; c'est le favoriser au détriment du vendeur qui mérite toutes nos faveurs, car le plus souvent c'est un débiteur aux abois.

En effet, les créanciers n'exerceront ce droit que lorsqu'ils auront à espérer que le prix qu'ils retireront de la vente sera supérieur au prix de vente primitif. En exerçant le réméré ils feront donc rentrer, dans le patrimoine du vendeur, une somme que ce dernier n'aurait peut-être pu jamais y faire rentrer lui-même, ils l'enrichiront d'autant.

Cette considération ne vaut-elle pas la considération qu'invoquent nos adversaires. Refuser le droit de discussion, disent-ils, c'est empêcher l'acheteur d'opérer un gain qu'il aurait probablement fait ? Car le vendeur

n'aurait peut-être pas racheté, n'ayant pas les moyens suffisants.

Mais quel est celui qui doit nous intéresser le plus et qui doit intéresser le plus le législateur ? Est-ce celui qui manque un gain ou celui qui évite une perte ?

4° Enfin, quoiqu'ils puissent en dire, pour être logiques, nos adversaires doivent donner le bénéfice de discussion à l'acheteur à réméré, non seulement contre les créanciers chirographaires et à hypothèque générale, mais aussi contre les créanciers privilégiés et à hypothèque spéciale. Ils invoquent la généralité des termes pour les créanciers chirographaires, mais cette généralité existe aussi bien pour les créanciers à hypothèque spéciale. Toute distinction est arbitraire. Mais alors, ce n'est plus au seul article 1166, mais aux articles 2170-2171, que l'article 1660 déroge. Deux dérogations à deux principes généraux, sans motif ! Est-ce possible ?

En résumé, l'acquéreur à réméré, comme tout autre acquéreur, a le droit d'opposer le bénéfice de discussion ; et l'article 1666 n'est qu'une application des articles 2170-2171.

Cinquième Conséquence. Droit de purger, si le bien vendu est grevé d'hypothèques (1).

On est d'accord pour reconnaître ce droit à l'acquéreur. L'acquéreur à réméré remplit en effet toutes les conditions pour purger. D'une part, il est tiers acquéreur et étranger à toute obligation personnelle de payer la dette. D'autre part, son droit est susceptible d'être vendu

1. Voir sur ce sujet l'intéressante étude de M. Labbé dans la *Revue critique* de 1856, t. 8, page 220.

aux enchères et l'article 2181 prévoit surtout ce cas. Donc sur ce point aucun doute n'est possible, mais où la discussion commence, c'est quand il s'agit de déterminer les effets de cette purge ; les interprètes ne s'entendent plus et plusieurs systèmes sont en présence.

La question n'est pas sans difficulté ; car il faut à la fois, ménager et l'intérêt des créanciers et l'intérêt du vendeur, et donner à la solution une base solide dans la loi.

La difficulté porte sur deux points :

1° La faculté de rachat subsiste-t-elle après la surenchère ? 2° La purge opère-t-elle difinitivement, est-elle entière, éteint-elle d'une façon absolue les hypothèques?

Un premier système, qui est aussi celui de la Cour de cassation, comme cela ressort des arrêts de cassation du 14 avril 1837 et du 23 août 1871, Sirey, 1871, 1, 118, résout les deux questions affirmativement. « L'acheteur a le « droit pur et simple de purger ; » dit M. Labbé résumant « ce système « les créanciers doivent, même en suren- « chérissant, respecter le contrat ; et la purge opérée soit « par surenchère, soit à défaut de surenchère par l'accep- « tation et le paiement du prix offert, les créanciers per- « dront leur hypothèque d'une façon définitive. »

Résultat pratique : quoiqu'ils fassent, qu'ils surenchérissent ou ne surenchérissent pas, les créanciers sont condamnés à une perte certaine et considérable, moins grande dans le premier cas que dans le deuxième mais toujours suffisante. Les surenchérisseurs, s'il s'en trouve, se garderont bien en effet de porter l'immeuble à sa juste valeur exposés qu'ils seront à une condition résolutoire.

Nous nous bornons à formuler ce système. Le résultat

auquel il aboutit, suffit pour nous le faire repousser. Comme écrit M. Labbé : « Il serait souverainement injuste « de forcer les créanciers à se contenter d'un prix qui est « trop faible, qui ne représente pas toute la valeur du « gage hypothécaire ; et cela par suite d'une combinaison « volontairement adoptée par le débiteur dans la vente. »

Ce système fournirait ainsi, aux débiteurs hypothécaires, un moyen trop facile de frustrer leurs créanciers. Ils donneraient lieu à des collusions. Tous les débiteurs hypothécaires de mauvaise foi recourraient à des ventes à réméré, pour se débarrasser d'une partie de leur dette.

Primus, dont l'immeuble vaut 120 et, qui est grevé de 2 hypothèques successives, chacune de 60, le vend à réméré 90 ; la purge a lieu sur la surenchère, en vertu d'une adjudication portant à 100 la valeur à distribuer aux créanciers hypothécaires ; si l'adjudicataire est retrayé, le vendeur aura ainsi libéré son bien pour une valeur de 100, et retiendra 20 au détriment du second créancier inscrit, lequel devait, eu égard à la valeur du bien, compter qu'il toucherait 60. La convention, la loi ou l'acte judiciaire, cause de son droit, sera ainsi violé.

Un deuxième système, présenté par M. Petit dans son traité *des surenchères* p. 290, en conformité d'un arrêt de Grenoble du 7 avril 1824, tranche la difficulté d'une autre manière.

La purge a un effet absolu ; mais la clause de réméré, valable entre l'acquéreur et le vendeur, n'est pas opposable aux créanciers inscrits Elle amoindrit leur gage et il ne peut pas dépendre des débiteurs de l'amoindrir aussi facilement. Cette clause sera donc *res inter alios acta*, pour eux

Conséquence : S'ils surenchérissent, ils n'en tiendront pas compte. Et l'adjudicataire, quel qu'il soit, l'acquéreur à réméré ou un étranger, sera adjudicataire pur et simple.

Comme sauvegardant pleinement les droits des créanciers, ce système est parfait, puisqu'ils peuvent surenchérir sans tenir compte de la faculté de rachat et ainsi faire atteindre au bien sa plus haute valeur.

Mais il n'en est pas de même de celui du vendeur. L'intérêt du vendeur est d'exercer le rachat ; or on lui enlève ce droit et on le lui enlève en ouvrant la porte à la fraude ; on fournit à l'acquéreur la facilité de se débarrasser d'une clause qui pourrait le gêner.

L'acquéreur n'a qu'à notifier ses offres, qui en fait seront repoussées, pour provoquer la surenchère et se porter adjudicataire. Il se libèrera ainsi de la clause de rachat, il changera les conditions de son titre sans le consentement de son auteur, peut être malgré lui.

Et pour demander cela sur quel motif se fonde-t-on ? On dit : le débiteur ne peut pas amoindrir le gage de ses créanciers. Frauduleusement, faudrait-il avoir soin d'ajouter ; or ne peut-il y avoir que des ventes à réméré frauduleuses ? Et puis est-il bien prouvé que le débiteur, en vendant à réméré son bien hypothéqué, a amoindri le gage de ses créanciers ?

S'il n'avait fait que le morceler, comme le fait le propriétaire qui aliéne l'usufruit de son bien ?

Ce système trouve-t-il au moins un appui dans la loi ? Loin de là ; il est en opposition avec elle.

Nous n'argumenterons pas de l'article 837 de procédure ; on a soutenu qu'il ne peut être invoqué. Nous l'accordons ;

cela ne nous gêne en rien. Mais nous argumenterons de la nature de la purge, de l'idée que révèle la surenchère.

Qu'est-ce que purger ? C'est, pour un tiers détenteur, le droit de mettre les créanciers hypothécaires en demeure d'accepter le prix d'acquisition ou d'exercer immédiatement leur droit de suite.

Les créanciers n'acceptent pas le prix ; ils vont exercer leur droit de suite, et pour cela surenchérir ; mais que vont-ils surenchérir ? le droit de l'acquéreur et rien que le droit de l'acquéreur, c'est un débat entre les créanciers et l'acquéreur. Ils ne peuvent pas surenchérir autre chose. Si donc le droit de l'acquéreur est affecté d'une condition résolutoire, ils doivent respecter cette condition résolutoire.

C'est exactement la même chose que ce qui se passerait, si l'acquéreur d'un usufruit voulait purger cet usufruit. Les créanciers pourraient-ils, ne tenant pas compte de cette aliénation, mettre aux enchères la pleine propriété ? Certainement non. Celui qui veut purger n'a qu'un droit d'usufruit, il ne sera mis aux enchères qu'un droit d'usufruit.

Au reste le mot surenchère qu'indique-t-il ? Elévation de prix, pas autre chose. Donc, lorsqu'on dit que les créanciers ont le droit de surenchérir, cela signifie simplement qu'ils ont le droit de changer le prix en l'élevant. Mais cela ne signifie pas qu'ils aient le droit de modifier les clauses du contrat.

Nous repoussons donc encore ce système. Des 3 conditions que nous recherchons, il n'en remplit qu'une. Il garantit, c'est vrai, l'intérêt des créanciers ; mais il lèse celui du vendeur et il est contraire à la loi.

Troisième système. — M. Colmet de Santerre, a repris en le modifiant le système de M. Petit, t. IX, p. 411 et suiv. Pour M. Colmet de Santerre, après la purge :

1° La clause de réméré tantôt subsiste tantôt ne subsiste pas ; elle ne subsiste pas, lorsque, les créanciers ayant surenchéri, c'est un tiers autre que l'acquéreur à réméré qui se porte adjudicataire. Elle subsiste dans les autres cas.

2° La purge est, tantôt absolue, c'est-à-dire qu'elle éteint définitivement les hypothèques, tantôt elle ne l'est pas. Elle ne l'est pas, lorsque, la faculté de réméré étant conservée au vendeur, le vendeur exerce cette faculté. Elle l'est dans les autres cas.

Ce système ne prête plus à la fraude de l'acquéreur comme le précédent ; la faculté de réméré subsistant toutes les fois que l'acquéreur se porte adjudicataire, il n'y a pas à craindre que ce dernier cherche dans la purge le moyen de se débarrasser de la clause de réméré. C'est le mérite de ce système.

Mais à part cela, il n'en reste pas moins le système de M. Petit. Il fait disparaître la clause de réméré dans un cas et dans un cas tel que cette clause deviendrait le plus souvent illusoire, pour ne pas dire toujours, dans les mains du vendeur. Pour que le vendeur conserve la faculté de rachat, il faut que ce soit l'acquéreur à réméré qui garde le bien sur adjudication. Or ce fait sera rare ; car pour l'acquéreur à réméré le bien a moins de valeur que pour tout autre, puisqu'il reste soumis au rachat.

Nous ferons donc, tout d'abord à ce système sauf celui

de la fraude, les mêmes reproches qu'à celui de M. Petit.

Et puis ne peut-on pas s'étonner de ces distinctions ? Comment se fait-il que la clause de réméré tantôt subsiste tantôt ne subsiste pas ? Ce qui à notre avis peut faire décider dans un sens ou dans un autre : c'est la personne des créanciers, c'est le point de savoir si la clause de réméré leur est opposable ou non au moment de la surenchère. Mais si, cette clause ne leur est pas opposable, elle doit disparaître dans tous les cas, que ce soit l'acquéreur, que ce soit un autre qui se porte adjudicataire.

De même pour l'effet absolu de la purge ; ce qui doit guider la décision, c'est le point de savoir si toute la propriété a été purgée ; si l'on reconnaît que toute la propriété a été purgée, l'effet de la purge est absolu, définitif, alors même que le vendeur rentrerait plus tard dans son droit de propriété.

Pour tous ces motifs, quelque respect que nous ayons pour l'autorité de M. Colmet de Santerre, nous nous écarterons de son système.

Quatrième système. — Mais, si la clause de rachat doit subsister après la purge, que faire alors, quelle solution prendre pour garantir l'intérêt des créanciers? Une solution très simple, que nous indique la nature des choses et qu'a proposée M. Labbé :

Ce fait, que l'acheteur à réméré a acquis le bien à un prix inférieur à sa valeur, nous indique une chose; il nous indique que l'acheteur n'a pas acquis un droit absolu sur la propriété, que le vendeur à réméré ne s'est pas dessaisi entièrement, qu'il a conservé quelque chose vers lui ; mais, si l'acquéreur à réméré n'a acquis qu'un droit

incomplet, qu'en conclure ? c'est qu'il n'a purgé qu'un droit incomplet ; s'il n'a purgé qu'un droit incomplet, il n'a pas tout purgé ; s'il n'a pas tout purgé, le gage des créanciers n'a pas entièrement disparu, il leur reste quelque chose, il leur reste ce que le vendeur a retenu, qui a une valeur, qui a pour valeur la différence entre la valeur réelle du bien et le prix qui a été payé, qui peut être vendu, qui peut être saisi.

La purge n'a donc pas été entière ; elle n'a porté que sur un démembrement ; il reste un démembrement intact sur lequel les créanciers peuvent exercer leur droit d'hypothèque.

Et alors ce principe admis de 2 choses l'une : ou le vendeur exerce le réméré, ou il ne l'exerce pas.

1er *cas, il exerce le réméré.* Le droit, qu'a conservé le vendeur, distinct pendant la condition, va se confondre avec le droit absolu. Les créanciers impayés ne pourront plus le saisir distinctement, comme ils auraient pu le faire *pendente conditione,* mais ils vont tout saisir, tout faire vendre, puisqu'il y a indivisibilité ; et, sur le prix d'adjudication, ils se feront payer, défalcation faite de la somme qui a déjà été payée aux premiers créanciers hypothécaires, lors de la purge par l'acquéreur à réméré. Cette somme, représentant la partie du droit de propriété qui a été purgée, ne peut être distribuée aux créanciers hypothécaires en tant que créanciers hypothécaires. Ils n'y ont aucun droit, puisque cette partie était nétte d'hypothèques. D'ailleurs ce serait nuire aux créanciers chirographaires.

M. Labbé l'admet cependant ; et, pour éviter la lésion des créanciers chirographaires, il leur conseille d'exer-

cer eux-mêmes le réméré, au lieu de le laisser exercer par le vendeur. De cette façon le vendeur conserve les deniers qui restent le gage de ses créanciers chirographaires ; et ceux-ci sont à l'abri, pour les sommes qu'ils ont déboursées au retrayé, par la subrogation légale (1251. 1).

Nous nous séparons de M. Labbé sur ce point. Nous ne voyons pas pourquoi on forcerait les créanciers chirographaires à exercer le réméré, pour protéger leurs droits, lorsque la loi leur fournit une protection plus simple et aussi juridique.

2° cas le vendeur n'exerce pas le réméré. De résoluble la propriété de l'acheteur devient pure et simple. D'incomplet son droit devient complet, absolu. La restriction, qui pesait sur lui, n'existe plus. Le bien valait 100 *pendente conditione*, il vaut 130 maintenant que la condition est défaillie. Il y a évidemment acquisition nouvelle ; partant, il doit y avoir purge nouvelle.

L'acquéreur à réméré devra donc procéder à la purge du complément de droit qu'il a acquis. Mais comment y procèdera-t-il? Comme il a procédé pour la purge antérieure, sauf une légère différence qui s'impose.

Il offrira un supplément de prix aux créanciers hypothécaires non désintéressés. Si ce supplément est refusé comme insufisant, il ne saurait être question de mettre aux enchères le droit complémentaire acquis par l'acheteur, et qui, en vertu de cette acquisition, a cessé d'exister à l'état de droit distinct ; mais on mettra aux enchères la propriété entière. Les créanciers exerceront, sur tout l'immeuble, leur droit hypothécaire, le saisiront et le feront vendre. Mais, sur le prix de vente, ils n'auront droit qu'à ce qui excèdera

la somme primitivement affectée par l'acheteur à la purge ; cette somme revient à l'acquéreur à réméré, par l'effet de la subrogation aux hypothèques premières en rang dont, par la purge antérieure, il avait désintéressé les titulaires.

En ce point de détail encore, nous nous éloignons du système de M. Labbé. Si les créanciers refusent la somme offerte, M. Labbé enseigne qu'on doit s'adresser au tribunal pour qu'il nomme des experts chargés d'estimer la valeur du droit complémentaire. Les experts ayant estimé, l'acquéreur étant prêt à payer le prix d'estimation un ordre s'ouvrira pour distribuer ce prix ; et ce n'est que dans le cas où, expertise faite, l'acquéreur refuserait de payer, comme on ne saurait le contraindre directement à fournir le prix puisque ce n'est pas pour lui une obligation personnelle, ce n'est que dans ce cas là que les créanciers pourraient exercer sur tout l'immeuble leur droit hypothécaire en le saisissant et en le faisant vendre,

Nous ne comprenons pas la nécessité de cette formalité avant d'en arriver à un exercice direct du droit hypothécaire, voilà pourquoi nous la repoussons.

Sauf les deux divergences dans le détail que nous avons mentionnées nous sommes pleinement d'accord avec M. Labbé ; nous adoptons son système. Son système nous parait répondre aux conditions exigées.

1° Il sauvegarde pleinement l'intérêt des créanciers. Leur gage non amoindri, mais morcelé, leur permet de tirer de la chose sa valeur complète.

2° Il ménage celui du vendeur, en lui garantissant le maintien de la faculté de rachat malgré la purge.

3° Enfin il est conforme aux principes du droit civil. Cependant, sur ce dernier point, 2 objections ont été soulevées que nous ne pouvons laisser passer sans les réfuter.

1° *Objection, de la cour de cassation.* Le droit du vendeur ne peut être hypothéqué : par conséquent, une fois la vente à réméré conclue, les créanciers hypothécaires ne conservent plus de droits sur le droit du vendeur, ils n'en conservent que sur celui de l'acquéreur ; et la purge, qu'ils opèrent, est une purge définitive, absolue.

L'objection est mal présentée. Alors même qu'il serait prouvé que le droit du vendeur ne peut être hypothéqué, ce que nous aurons à discuter bientôt, cela ne ruinerait en rien notre système.

Que faisons-nous ici? Constituons-nous une hypothèque sur le droit du vendeur? Non. Nous retenons simplement sur le droit du vendeur une hypothèque valablement constituée sur la pleine propriété.

Pour ruiner notre système, il faudrait prouver : soit que les hypothèques valablement constituées sur la pleine propriété ne subsistent pas sur les démembrements retenus par le vendeur, soit que le droit retenu par le vendeur n'est pas un démembrement du droit de propriété ; l'une et l'autre de ces preuves est impossible.

1° Que les hypothèques subsistent sur les démembrements retenus, cela est incontestable. La rigueur des principes voudrait même que ce morcellement ne pût être opposé aux créanciers ; mais, si le législateur par la purge a permis au débiteur de morceler leur gage, au moins est-il d'une exacte justice qu'aucun ne lui échappe par une sorte de spoliation.

2° Que le vendeur ait un démembrement du droit de propriété, cela n'est pas moins vrai encore. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit que le droit qu'il conserve, soit un droit réel. Or nous n'allons pas tarder à démontrer cette vérité.

2° *Objection.* Lorsque le vendeur n'exerce pas le rachat, on ne peut assujettir l'acquéreur à une nouvelle purge. Ce dernier n'acquiert rien de nouveau par l'inaction du vendeur. Le vendeur ne transmet rien à l'acheteur. Celui-ci profite uniquement d'un développement naturel de son droit.

Dire que l'acquéreur à réméré n'acquiert rien de nouveau, c'est nier l'évidence. L'erreur vient sans doute de ce qu'on confond la cause et l'effet. Il n'y a pas de cause nouvelle, c'est en vertu du contrat primitif que l'acquéreur fait cet accroissement, mais qu'importe la cause s'il y a l'effet, s'il y a l'accroissement. La situation est semblable à celle du nu-propriétaire à l'extinction de l'usufruit. C'est en vertu du contrat primitif que le nu-propriétaire acquiert l'usufruit ; dira-t-on pour cela qu'il n'opère pas une acquisition nouvelle.

Rien n'ébranle donc notre système que nous pouvons ainsi résumer.

1° L'acquéreur à réméré peut purger.

2° La clause de rachat subsiste après la purge.

3° Mais l'acquéreur à réméré n'a purgé que son droit. Il reste un démembrement entre les mains du vendeur, sur lequel les créanciers hypothécaires non désintéressés conservent leur gage.

Cinquième conséquence. — Droit de prescrire.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'acheteur avait acquis le bien *a domino*, et l'avait acquis franc de toutes charges réelles ; mais il se peut que l'une ou l'autre des hypothèses contraires se présente ou même les deux à la fois. Dans ce cas, il pourra prescrire comme prescrirait un acheteur ordinaire. L'article 1665 le rappelle et prévoit les deux hypothèses.

1° Prescription contre le véritable propriétaire.

2° Prescription contre ceux qui prétendent des droits réels.

« Il (l'acheteur) peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue » 1665. L'une et l'autre prescription sont des prescriptions acquisitives (nous entendons pour la 2e, acquisitive de la liberté, de la franchise de la propriété).

Elles sont basées sur la possession ; et s'opèrent dès lors soit par 30 ans, soit par 10 ou 20 ans avec juste titre et bonne foi.

Du moment que l'acheteur peut prescrire, il peut, d'après l'article 2235, joindre à sa possession celle de son auteur, le vendeur à réméré.

Si la condition résolutoire ne se réalise pas, les effets de la prescription sont définitifs.

Mais, si elle se réalise, soit lorsque la prescription est déjà acquise, soit auparavant, le vendeur dans le 1er cas peut-il invoquer la prescription, dans le 2e cas invoquer

la possession de l'acheteur pour la joindre à la sienne?

On admet ce droit pour le vendeur ; mais la difficulté est d'étayer ce droit. Le vendeur n'est pas l'ayant cause de l'acheteur puisque le droit de l'acheteur est rétroactivement résolu. On ne peut donc s'appuyer sur l'art 2235.

M. Colmet de Santerne, t. VII p. 139 ; n° 3 *bis*, raisonne cependant ainsi : Le droit de l'acquéreur est bien résolu ; mais un fait, qui ne peut être résolu, n'en existe pas moins : c'est qu'il a possédé.

Pour nous ; le droit du vendeur d'invoquer la prescription réside dans la *rétroactivité* même de son droit. Il est censé avoir toujours été propriétaire, mais la propriété ne va pas sans la possession, au moins la possession *animo domini* ; or cette possession est suffisante pour fonder la prescription.

A la question de prescription, nous allons rattacher une hypothèse non prévue par le code, et assez délicate. Une servitude existe au profit d'un immeuble vendu à réméré sur un fonds appartenant à l'acquéreur. Cette servitude était sur le point de s'éteindre par le non usage de 30 ans, lors de la vente. Si le réméré n'est pas exercé, pas de difficulté ; la servitude est définitivement éteinte par confusion.

Mais *quid?* si le réméré est exercé après que les 30 ans de non usage seront révolus: la prescription libératoire de la servitude, antérieurement commencée, peut-elle s'achever au bénéfice du fonds servant, de telle sorte que, la confusion intérimaire des deux immeubles cessant par l'exercice du retrait, la servitude reste définitivement éteinte?

Avec M. Duranton t. 16 p. 411, nous pensons que cela est possible à raison de l'effet rétroactif de la condition

accomplie. Le vendeur est censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, et l'acheteur ne l'avoir jamais été. L'acheteur doit donc tirer, de l'inaction du premier, le bénéfice de la prescription libératoire.

A cela rien d'injuste ; le vendeur, ayant comme nous le verrons un droit conditionnel à la propriété, a le droit de faire les actes conservatoires. Que n'interrompait-il la prescription sinon naturellement, du moins civilement, par la reconnaissance de son droit par l'acheteur, 2248.

Cette opinion, qui nous paraît conforme aux principes et à l'équité, n'est cependant pas généralement admise. M. Duvergier, tome 2, n° 66 a soutenu l'opinion contraire ; et cette opinion a obtenu l'acquiescement du plus grand nombre.

Il y a rétroactivité, disent les partisans de ce système, c'est vrai ; mais la rétroactivité, si elle efface le droit, ne peut effacer le fait. Or il y a eu confusion, par conséquent impossibilité pour le vendeur d'exercer son droit de servitude.

Voilà où est l'erreur.

Oui il y a eu confusion, et par conséquent impossibilité d'interrompre matériellement ; mais le vendeur, que n'usait-il de l'interruption civile en prévision du réméré ?

Nous appuyant sur les mêmes raisons, nous adoptons la même décision au cas inverse, au cas où le fonds servant serait celui qui a fait l'objet de la vente à réméré, et où la servitude serait due à un fonds appartenant à l'acheteur.

Même solution, aussi au cas d'une prescription non pas libératoire mais acquisitive d'une servitude, telle que ser-

vitude continue et apparente sur le fonds vendu au profit du fonds de l'acheteur, ou réciproquement. La prescription est encore possible. Rien n'empêche le propriétaire d'interrompre civilement.

Section II

Situation du vendeur.

La vente à réméré ne dépouille pas entièrement le vendeur ; elle lui laisse un droit, celui d'exercer le rachat, de reprendre l'immeuble en remboursant le prix.

Quel est la nature de ce droit ? Est-il réel? Est-il personnel ?

A résoudre la question par les principes de la condition résolutoire, la solution n'est pas douteuse. L'acquéreur sous condition résolutoire acquiert immédiatement la propriété, comme s'il était acquéreur pur et simple ; mais son droit de propriété est soumis à une résolution conditionnelle : si tel événement arrive, il cessera d'être propriétaire ; il sera même censé ne l'avoir jamais été ; par contre le vendeur redeviendra propriétaire *ab initio* du jour de l'aliénation.

Tel est le double phénomène que produit la condition résolutoire accomplie ; mais que nous révèle ce phénomène ?

Que si l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire, le vendeur est propriétaire sous condition suspensive.

Et en effet, si tel événement arrive spécifié dans un

contrat, le vendeur va redevenir propriétaire et rétroactivement propriétaire ; n'est-ce-pas le propre de toute condition suspensive?

Le vendeur sous condition résolutoire a donc un droit réel et ce droit réel est un droit de propriété sous condition suspensive. Ces principes s'appliquent-ils au vendeur avec faculté de rachat?

La majorité des auteurs français, la jurisprudence belge tout entière (Bruxelles 10 nov. 1815 et cass. 15 juin 1818 : Pasicrisie 1815 p. 519 et 1818 p. 123. Liège 24 février 1817. Pasicrisie 1817 p. 336), reconnaissent que ces principes sont applicables au vendeur à réméré.

Mais la jurisprudence française (Cass. 14 avril 1847. Paris 12 août 1871. Cass. 23 août 1871. D. P. 1873 1 p. 321 et la note de M. Cazalens), est d'un avis contraire, ainsi que MM. Aubry et Rau (T. 4 p. 412). Le vendeur à réméré suivant la jurisprudence français n'a conservé qu'un *jus ad rem*.

Nous sommes de la première opinion. La faculté de rachat est une condition résolutoire. Appliquons les principes de la condition résolutoire à moins qu'un texte n'y ait dérogé.

Nous n'en connaissons pas. Au contraire les textes de la matière corroborent notre solution. L'article 1664 permet au vendeur d'exercer le réméré contre les tiers ; le pourrait-il s'il n'avait qu'un droit personnel ?

Qu'objecte-t-on dans le système opposé?

1° *La tradition.* — Pothier, en effet, *Traité de la vente*, n° 387, résumant l'opinion universellement admise disait : « Le droit de réméré n'est pas proprement un droit que

« le vendeur ait dans l'héritage qu'il a vendu avec cette
« clause ; ce n'est qu'un droit par rapport à cet héri-
« tage ; une créance de cet héritage qui naît de l'obliga-
« tion que l'acheteur a contractée par la clause de réméré
« d'en souffrir le rachat, à l'exécution de laquelle obliga-
« tion l'héritage est affecté.

« C'est proprement *jus ad rem* plutôt que *jus in re.* »

Mais que nous importe la tradition si les principes modernes y ont dérogé.

2° *L'incompatibilité de 2 propriétés coexistantes.* — Nous aussi nous ne comprenons pas que 2 personnes différentes aient le droit absolu de propriété sur la même chose ; mais nous n'arrivons point à ce résultat. Nous ne reconnaissons qu'un seul droit de propriété : mais un droit divisé entre 2 personnes.

3° A une condition résolutoire ne correspond point une condition suspensive (MM. Aubry et Rau. t. III p. 265 note 13.) C'est aller contre l'évidence.

Le droit du vendeur étant un droit réel, un droit de propriété, sans l'exercice actuel du droit de propriété, car son droit est conditionnel, nous arrivons à des conséquences auxquelles n'arrive point le sytème opposé.

Première conséquence. — Droit pour les créanciers du vendeur de saisir sa propriété conditionnelle. L'article 2204 autorise l'expropriation des biens immobiliers. C'est en présence d'un bien immobilier, quoique conditionnel, que nous nous trouvons ; pourquoi dès lors refuserions-nous aux créanciers une faculté qui leur est très utile, qui leur permettra d'obtenir la valeur du droit du vendeur sans

exercer le réméré et faire pour cela les déboursés considérables de l'article 1673.

Deuxième conséquence. — Le vendeur à réméré peut *pendente conditione* vendre son droit, et ce faisant, il n'opère point une cession de créance comme le veut la jurisprudence, (D. P. 1851, 2,236) pour la valadité de laquelle signification au 1er acquéreur, ou acceptation par lui dans un acte authentique est nécessaire article 1690 ; mais une aliénation de droit réel proprement dite soumise à la transcription (art. 1. loi du 23 mars 1855).

2° Le vendeur peut hypothéquer son droit, article 2125. Logique avec elle-même, la jurisprudence lui refuse cette faculté (Sirey, 1833, 2,188). MM. Aubry et Rau soutiennent que le vendeur, ayant même un droit réel, ne pourrait pas hypothèquer.

Cette opinion est erronée ; réfutons-la.

MM. Aubry et Rau (t. III, p. 265.) raisonnent ainsi. L'article 2125 parle uniquement de l'acquéreur sous condition suspensive ou résolutoire ; mais nullement de celui qui a retenu.

Au premier seul il reconnaît le droit de conférer hypothèque ; mais non au deuxième.

La réponse nous est fournie par l'article 2125 lui-même que l'on interprète arbitrairement. Les termes de cet article sont aussi larges que possible. « Ceux, qui n'ont sur « l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou « résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision ne « peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux « mêmes conditions ou à la même rescision. » Où est-il distingué entre celui qui a acquis et celui qui a retenu ?

Pourquoi ne pas laisser aux termes de l'article toute leur étendue ? Quelle raison de distinguer ? Pourquoi refuser à l'un ce que l'on accorde à l'autre ? Comme le fait remarquer M. Labbé (*Revue critique*, 1872, p. 507). « L'acquéreur « sous condition résolutoire pouvant hypothéquer, cette hy- « pothèque soumise à une chance est-elle plus solide, plus « utile au développement du crédit que celle constituée « par l'aliénation qui a la chance inverse ? »

Troisième conséquence. — Le vendeur peut constituer des servitudes. C'est ce que reconnaisssent aussi MM. Aubry et Rau (T. 4 p. 413). Mais ces auteurs nous paraissent inconséquents avec eux-mêmes ; ils refusent au vendeur le droit de constituer une hypothèque, et ils lui accordent celui de constituer des servitudes. N'est-ce point contradictoire ? Il est vrai qu'ils se défendent en disant, p. 413 note 33 : « qu'on ne peut valablement hy- « pothéquer un immeuble sous la condition *si dominium* « *acquisitum fuerit ;* tandis que rien ne s'oppose à ce que « l'on constitue une servitude sous une pareile condi- « dition. »

Mais la question n'est pas là. Dans un cas comme dans l'autre il faut être propriétaire ; or ces auteurs ne reconnaissent pas cette qualité au vendeur.

Droit de vendre, d'hypothéquer, de constituer des servitudes, autrement dit droit de disposer, telles sont les principales conséquences de la réalité du droit du vendeur. Mais ce droit de disposer n'est-il pas en contradiciton avec le droit de disposer de l'acquéreur ? Nullement, en vertu de la rétroactivité de la résolution ; de deux choses l'une, ou le vendeur exercera le réméré ou il ne l'exercera pas ; s'il

l'exerce, il sera censé avoir toujours été propriétaire et l'acheteur ne l'avoir jamais été, les droits conférés par celui-ci seront donc rétroactivement effacés ; s'il ne l'exerce pas, c'est lui au contraire qui est censé n'avoir jamais été propriétaire ; les droits qu'il aurait concédés tombent irrévocablement avec le sien.

Nous n'en avons pas fini avec le droit de disposer du vendeur à réméré. La possibilité pour lui de vendre son droit et de l'hypothéquer soulève une difficulté à l'étude de laquelle nous devons nous arrêter ; c'est la question de résoudre le conflit entre l'acquéreur du droit de rachat, que l'on désigne dans la pratique sous le nom de cessionnaire, et les créanciers hypothécaires du vendeur postérieurs à la vente à réméré, mais antérieurs à la cession de rachat.

Voici l'hypothèse telle qu'elle a été posée par M. Labbé dans la *Revue critique* (1872 p. 509).

« Un immeuble est vendu à réméré. Des hypothèques « judiciaires ont pris naissance du chef du vendeur « depuis la vente. Le droit au réméré est ensuite cédé à « un tiers. Les hypothèques grèvent-elles au détriment du « cessionnaire qui a déboursé un prix ? Le cessionnaire, « exposé à l'action des créanciers hypothécaires, a-t-il « sur l'immeuble un privilège, jusqu'à concurrence de la « somme qu'il a déboursée dans les mains de l'acquéreur ? »

L'équité voudrait que le cessionnaire, sans l'argent duquel l'immeuble serait resté aux mains de l'acquéreur et partant les hypothèques auraient péri, soit indemnisé avant tout autre.

Mais la loi par cela seul qu'elle est muette semble

bien lui refuser un privilège. *Privilegia, strictissimæ interpretationis sunt.* Que faire ?

Pour la jurisprudence il n'y a point de question ; elle ne reconnaît pas l'hypothèque née du vendeur, puisqu'à son avis le vendeur ne conserve qu'un *jus ad rem.* Le cessionnaire, à ses yeux, n'a aucune poursuite à redouter.

Pour quelques auteurs il n'y a point de difficulté aussi (M. Pont. *Priv. et hyp.* I, n° 516 MM. Massé et Vergé par 794 note I).

Ces auteurs ne nient point le droit réel du vendeur ni celui d'hypothéquer. Mais ils disent : valable, si le réméré est exercé par le vendeur, l'hypothèque est nulle si le réméré est exercé par le cessionnaire. L'hypothèque est en effet soumise au même sort que celui du constituant; or le vendeur ne redeviendra propriétaire que s'il exerce le réméré.

Nous avons réfuté le système de la jurisprudence, en parlant de la nature du droit du vendeur ; nous n'avons qu'à réfuter ce dernier. M. Labbé nous fournit une réponse péremptoire.

La condition résolutoire d'une aliénation, dit en subtance le savant jurisconsulte, s'accomplit nécessairement au profit de l'aliénateur, ou il n'y aurait pas de résolution. Mais alors, c'est à titre d'ayant cause du vendeur que le cessionnaire profite de l'aliénation. S'il en profite à ce titre, pourquoi les autres ayants cause, les créanciers hypothécaires, n'en profiteraient-ils pas ?

Cela est si vrai que la propriété revient à son point de départ, qu'il nous suffit d'examiner ce qui se passe, la condition résolutoire accomplie. L'acheteur est censé n'avoir

jamais été propriétaire ; qui donc l'a été ? le cessionnaire du jour de la cession ; mais dans l'intervalle qui a séparé l'aliénation de la cession, qui l'a été ? Evidemment le vendeur.

Les principes protestent contre ce système ; l'équité ne proteste pas moins. Le vendeur aurait ainsi un moyen trop facile de se débarrasser des hypothèques qui grèvent son bien. Après l'avoir bien chargé, en avoir obtenu tout le crédit qu'il pouvait en obtenir pour se soustraire à la poursuite, il n'aurait qu'à céder son droit.

Ce système n'est donc pas admissible ; mais la difficulté reste toujours entière.

M. Labbé, qui a longuement envisagé la question qui nous occupe, propose d'accorder, même dans le silence de la loi, un privilège au cessionnaire. Il le lui accorde par voie de subrogation, et il raisonne par analogie. D'une part, l'acheteur à réméré est dans une situation analogue à celle d'un vendeur. Donc, toutes les fois que le droit de rétention ne lui suffira pas, il aura droit au privilège du vendeur. D'autre part le cessionnaire, remplissant les conditions du rachat, est dans une situation d'analogie parfaite avec le premier et le deuxième cas de subrogation légale. Donc il doit être subrogé au droit de l'acquéreur, et le droit de l'acquéreur peut être un privilège, s'il en a besoin.

La démonstration de M. Labbé est séduisante ; c'est au nom de l'équité qu'il raisonne. Elle serait même convaincante s'il était vrai que l'on pût étendre par analogie les cas de privilège et de subrogation. Mais *privilegia strictissimæ interpretationis sunt*. En vain M. Labbé proteste contre l'interprétation stricte de la loi. En vain invo-

que-t-il l'exemple des jurisconsultes romains. En vain, dit-il, que le législateur n'a pas pensé aux difficultés qui nous occupent, que ce n'est point violer la loi que de céder à une nécessité impérieuse de la justice. L'interprète ne peut pas remplir l'office du législateur ; il ne le peut dans aucun cas, pas même lorsque le législateur est resté muet ; mais surtout lorsqu'il a parlé. Le législateur n'a pas été oublieux de la situation de l'acquéreur, il lui a donné un droit de rétention. Irons-nous par analogie lui accorder un privilège ? Le droit de rétention, que la loi lui donne, ne prouve-t-il pas qu'elle n'a pas entendu le traiter comme un vendeur ?

Nous écartant du système de M. Labbé, laisserons-nous cependant le cessionnaire sans défense?

Remarquons tout d'abord que la justice n'en serait point blessée. Personne ne forçait le cessionnaire à contracter. Prévenu que la loi ne lui donnait aucun secours, que n'en prenait-il lui même, en obtenant des créanciers qu'ils renoncent à leur droit ?

Mais nous n'allons point jusque-là ; nous n'abandonnons point le cessionnaire. Nous allons lui accorder un droit de rétention. C'est un créancier à raison d'une chose qu'il détient. Il y a un *debitum cum re junctum*. En exerçant le réméré, le cessionnaire a fait une dépense utile aux créanciers hypothécaires. Il est donc juste de lui accorder un droit de rétention.

Personne ne conteste la possibilité d'accorder un droit de rétention ; mais M. Labbé conteste son efficacité. « dans notre législation ce droit est insuffisant, dit « M. Labbé ; il serait suffisant si le créancier par son

« action hypothécaire tendait à se procurer la possession
« de l'immeuble ; mais par l'action hypothécaire le créan-
« cier fait mettre l'immeuble aux enchères, l'immeuble
« passe à l'adjudicataire, et le tiers ne peut opposer son
« droit de rétention à l'adjudicataire. Le droit de rétention
« inutile au tiers le serait aussi au cessionnaire. »

A notre avis, il y a là une erreur ; le droit de rétention n'est pas un droit relatif, opposable seulement à certaines personnes ; c'est un droit absolu opposable à tous. C'est le droit de ne pas se dessaisir d'une chose tant qu'on ne sera pas indemnisé. Ce droit, pas plus que l'hypothèque, ne suppose un rapport de personnes. Il est purement réel ; s'il en était autrement, le droit de rétention serait d'une inutilité manifeste.

Nous tenons donc pour certain que le droit de rétention est efficace, et nous l'accordons au cessionnaire pour la défense de ses droits.

Ce droit sauvegardera les intérêts du cessionnaire jusqu'à concurrence de la somme qu'il a déboursée dans les mains de l'acquéreur à réméré ; mais pour le surplus, comment sera-t-il garanti ? Le surplus représente le droit conditionnel du vendeur, c'est la somme suivant laquelle le cessionnaire a traité. Les créanciers hypothécaires n'avaient nullement besoin que le cessionnaire exerçât le retrait pour saisir ce droit. Les créanciers hypothécaires doivent donc le primer sur le prix représentant ce droit, le cessionnaire n'a rien à y voir. Mais comment se mettra-t-il à l'abri ? M. Labbé lui accorde le droit de purger avant d'exercer le réméré, quoique en principe le propriétaire sous condition suspensive ne puisse purger.

Mais, sans aller jusque-là, puisque ce point souffre encore difficulté, nous conseillons au cessionnaire de se mettre à l'abri, en payant le prix de la cession aux créanciers hypothécaires au lieu de le payer au vendeur ; de cette façon il sera subrogé à leur hypothèque, art. 1252, n. 2 ; et lorsque le réméré sera exercé et que les créanciers feront saisir, il aura le droit de retention jusqu'à concurrence des déboursés dans les mains de l'acquéreur à réméré, et la subrogation à l'hypotthèque des créanciers jusqu'à concurrence du prix de la cession. Il sera ainsi complétement indemne.

Le surplus seul appartiendra aux créanciers hypothécaires. Ils n'ont pas à se plaindre si leur hypothèque est réduite à peu de valeur ; ils ne doivent pas ignorer qu'une hypothèque, sur un droit de propriété sous condition suspensive, n'est pas une grande garantie.

Appendice

Nous en aurions fini avec l'étude de la situation des parties *pendente conditione*, s'il ne nous restait une question, fort courte du reste, que nous n'avons pas voulu examiner dans l'une des 2 sections, n'y trouvant pas sa place, c'est la question de savoir qui du vendeur ou de l'acheteur à réméré supporte les risques.

Quelque opinion que l'on ait sur cette question posée d'une façon générale pour une vente sous condition résolutoire, ici dans l'hypothèse d'une vente à réméré, elle ne soulève aucune difficulté.

Ou la chose a péri complétement ou elle a été simplement détériorée.

Dans le 1er cas, le vendeur se gardera bien de faire arriver la condition et de produire ainsi la résolution, en exerçant le réméré. La condition n'arrivant pas, l'acquéreur à réméré aura été acheteur pur et simple ; la perte sera pour lui.

Dans le 2e cas, le vendeur aura à voir si la détérioration est telle que la chose n'ait plus d'utilité pour lui.

Si elle n'en a plus, il n'exercera pas le réméré et la condition n'arrivera pas et les risques seront encore pour l'acheteur.

S'il l'exerce, il ne peut se soustraire à l'obligation de payer le prix, car c'est ce qui constitue la condition, et les risques seront pour lui vendeur.

CHAPITRE IV

EXERCICE DE LA FACULTÉ DE RACHAT.

Nous étudierons, dans ce chapitre sous des sections différentes, les questions suivantes : 1° à partir de quand peut-on retraire ; 2° jusques à quand ; 3° condition d'exercice ; 4° contre qui ; 5° exercice de la faculté de rachat dans certains cas particuliers.

Section I

A partir de quand peut-on retraire.

Zoannetus, au dire de Pothier (vente, n° 397) ne voulait pas que l'on pût retraire immédiatement après la vente. Il croyait trouver dans la faculté de rachat une analogie avec le prêt. Il considérait le vendeur comme un prêteur et, de ce que le prêteur ne peut réclamer le remboursement de l'argent prêté immédiatement après le prêt, il concluait que le vendeur ne pouvait réclamer l'immeuble immédiatement après la vente.

Pothier a démontré la fausseté de cette analogie ; le vendeur est plutôt un emprunteur qu'un prêteur, et de même que celui-ci peut toujours se libérer quand il le veut sauf clause contraire, de même le vendeur à réméré peut retraire quand il lui plaît, sauf convention contraire aussi.

Section II

Jusques à quand peut-on retraire.

C'est la question de savoir dans quel délai le réméré doit être exercé. Vu son importance nous en ferons l'objet d'un chapitre spécial que nous placerons aussitôt après celui-ci.

Section III

Conditions d'exercice.

Dans l'ancien droit il était nécessaire que le vendeur s'adressât à la justice pour faire résoudre la vente.

« Il doit ajourner l'acheteur avant l'expiration du « terme » disait Tiraqueau (§ 4. glose 6. n° 38) ; « faire « bailler un ajournement formel en cause de retrait et sur refus d'argent, » disait l'article 366 de la coutume de Poitou.

De nos jours il n'en est point ainsi. Dans l'article 1662 la loi parle bien d'action : « faute d'avoir exercé son « action » et de même dans les articles 1664-1668-71-72.

Mais tous les auteurs s'accordent à reconnaître et nous reconnaissons avec eux, que ce n'est point dans son sens technique que la loi emploie cette expression ; ce serait une dérogation à un principe que rien ne justifierait, la faculté de rachat étant une condition résolu-

toire expresse, et la condition résolutoire expresse opérant de plein droit par sa seule arrivée, article 1183. Elle l'a employée dans le sens de « *faculté de rachat* » comme elle l'a fait dans l'article 1668, ainsi que cela ressort de sa comparaison avec l'article 1664.

Le vendeur n'a donc pas d'action en justice à introduire ; il n'a qu'à faire arriver la condition, c'est-à-dire à rembourser avant l'échéance à l'acheteur le prix principal et ses accessoires, puisque telle est la condition du rachat. Seulement, si l'acheteur n'accepte pas, son mauvais vouloir ne pourra priver le vendeur d'un bénéfice auquel il a droit. « La condition est réputée accomplie, lorsque « c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a « empêché l'accomplissement, dit l'article 1178. »

Le vendeur sur le refus de l'acheteur, fera des offres réelles et consignera.

Des auteurs cependant, tels que Duvergier, II, § 270, M. C. de Santerre, t. 7, n° 118 *bis* IV, n'exigent pas de consignation. Nous ne pensons pas cette doctrine exacte. L'accomplissement effectif de la condition réclame deux actes distincts : un dessaisissement du vendeur, une acceptation de l'acheteur. Pour l'acceptation partie de la condition qui dépend de l'acheteur, la loi passe par dessus 1178 : mais le dessaisissement qui s'opère par la seule volonté du vendeur, la loi ne peut pas ne pas continuer de l'exiger. Or le dessaisissement ne peut s'effectuer que par une consignation.

La consignation nous paraît donc nécessaire.

En résumé notre doctrine est celle-ci.

1° Exercice amiable : le vendeur doit rembourser le prix et les accessoires et rembourser effectivement.

2° Exercice forcé : le vendeur doit rembourser légalement par les offres réelles et la consignation.

C'était l'opinion généralement reçue dans l'ancien droit.

D'abord la majorité des parlements était de cet avis. Parlement de Navarre (Merlin, *quest. de droit* V *réméré*) ; de Paris (Charondas, *Repons.* livre 10 ch. 36). de Grenoble, Poitiers, Rouen, Normandie, etc.

2° Les coutumes : La coutume de Normandie chap. 18 article 503 posait ce principe : « que le retrayant de- « vait au jour de l'assignation offrir, consigner et déposer « actuellement les deniers du contrat ; autrement il ne se- « rait recevable. »

La coutume de Loudunois chap. 16, article 1 : « En refus « d'iceux (deniers offerts amiablement) on doit les offrir « et consigner. »

Celle du Poitou art. 366 « et doit consigner en mains de « cours tout ce que porte la grâce du retrait.

Celle d'Angoumois, chapitre 5, article 77.

3° Les jurisconsultes. Basnage avait pour exprimer cette opinion une formule très énergique qui a passé en proverbe : « En retrait conventionnel il faut aller à la bourse et à la course. »

Guy-Coquille disait de même : « ainsi est question d'exé- « cuter un fait de bourse qui est de présenter deniers à « découvert et de les payer. »

Cependant Perezius (code livre. 4, tit. 54. l. 7) n'exigeait que des offres réelles.

Le président Pabre (Cod. livre 4. t. 36. def. 6) allait

plus loin. Une interpellation accompagnée d'offres verbales lui paraissait suffisante.

Ce système a été repris et enseigné de nos jours par plusieurs auteurs, Troplong. n° 723, Duranton, Laurent, t. 24, n° 346, et par la jurisprudence tant des cours d'appel que de la cour de cassation jusqu'en 1873.

Besançon, 1819 20 mars — Bastia, 1820 — Douai, 17 décembre 1814 — Bruxelles, 10 août 1836 — Nîmes, 1840 — cassation, 1856 (Sirey 1856 1. 671). En 1873, il y a eu un revirement sur lequel nous nous expliquerons.

Ce système, dont un ardent défenseur est M. Laurent, pose en principe que pour retraire, pour ne pas être déchu de la faculté de rachat, le vendeur n'a qu'à déclarer que telle est sa volonté à l'acheteur. Une pure déclaration de volonté suffit.

Voici les arguments de ce système.

1° La condition est potestative. Elle dépend de la volonté du vendeur ; qu'il exprime sa volonté et la condition est accomplie et le réméré est exercé : « L'obligation de « payer le prix ne constitue pas la condition ; elle n'est « qu'une suite de la condition, dit M. Laurent. »

Mais c'est confondre la condition purement potestative et la condition simplement potestative. Si le vendeur avait dit : « Je reprendrai la propriété si je veux » par une déclaration de volonté il mettrait fin à la vente ; mais le vendeur a dit : « Je me réserve de reprendre la propriété, si je donne tant », la condition n'est pas seulement de vouloir, elle est de donner ; il faut vouloir mais vouloir n'est pas tout.

Que M. Laurent ne nous dise pas que nous nous appuyons

sur l'article 1659 et que nous avons tort de le faire, parce que l'article 1659 est un article de définition et non un article contenant les conditions du rachat. Bien ; mais l'article 1659 ne nous spécifie pas moins quelle est la condition, nous n'avons pas besoin de savoir autre chose.

Dans un deuxième argument de la Cour de cassation (arrêt de 1856), on nous dit ; la loi garde le silence sur les conditions d'exercice, elle n'exige pas un paiement antérieur : pourquoi l'exiger ?

Mais la loi a-t-elle besoin de s'expliquer, les principes généraux ne sont-ils point là ? Pour exercer le réméré il faut accomplir la condition : la condition est de rembourser, que le vendeur rembourse donc.

3° Enfin on invoque l'article 1673.

L'article 1673, dit-on, donne à l'acheteur un droit de rétention tant qu'il ne sera point complétement indemnisé. S'il a un droit de rétention, c'est donc que la propriété appartient déjà au vendeur, car l'acheteur ne pourrait avoir un droit de rétention sur sa propre chose ; c'est donc que la résolution est opérée ; c'est donc que la condition est accomplie ; c'est donc enfin que la condition n'est pas de payer.

Il suffit de remarquer pour réfuter cet argument que, parmi les diverses prestations auxquelles doit satisfaire le vendeur qui use de la faculté de rachat, il peut y en avoir qui ne soient pas liquides au moment où il agit, par exemple l'indemmité due à l'acheteur pour améliorations procédant de son chef. Tout ce que le vendeur peut faire en pareil cas, c'est d'offrir une somme sauf à la parfaire

plus tard. Eh bien ! l'acheteur qui prétend que la somme offerte est insuffisante pourra user du droit de rétention, jusqu'à ce que le vendeur ait payé le complément après liquidation de l'indemnité. Voilà toute la portée du droit de rétention accordé par l'article 1673.

Ce système n'a donc rien dans la loi pour le soutenir.

A-t-il au moins des avantages ?

Nous ne lui connaissons que des inconvénients ; entre autres celui de créer des dificultés nombreuses sur le point de savoir si l'offre verbale du vendeur était sérieuse et s'il était en mesure de la réaliser immédiatement.

Et en outre celui de procurer au vendeur un moyen simple d'allonger le délai du réméré.

Par arrêt du 14 janvier 1873 (Sir. 1873, 1, 134) rendu sur le rapport et les conclusions de M. le conseiller Guillemard, la cour de cassation a opéré un revirement dans sa jurisprudence. La résolution ne s'opère plus par la simple déclaration du vendeur : elle ne s'opère que par le remboursement effectif. Seulement la simple déclaration produit encore un effet. Faite avant l'expiration du délai, elle conserve au vendeur la faculté de retraire ; de telle sorte que, même après le délai, tant que 30 ans ne se sont point écoulés ou qu'un jugement, ordonnant de rembourser faute de quoi prononçant la déchéance du vendeur, n'a été rendu, le vendeur sera toujours à même de forcer l'acheteur à lui restituer.

Quoique ce système, en reconnaissant que la résolution ne s'opère plus que par le remboursement, soit un acheminement vers la doctrine que nous soutenons il est loin de nous satisfaire.

Nous le considérons comme contraire à la loi, comme la renversant même et créant des inconvénients pratiques aussi grands, sinon plus grands, que l'ancien.

La Cour de cassation distingue entre la conservation et l'exercice du réméré, mais nulle part dans le code il n'y a trace de cette distinction. Il n'est question que d'exercice du réméré et le vendeur ne peut conserver son droit qu'en l'exerçant. Mais alors, si conservation et exercice sont une seule et même chose, c'est dans le délai qu'impartit la loi que doit être exercé le réméré ; mais alors, si la cour de cassation reconnaît que l'exercice du réméré ne s'opère que par le remboursement, c'est dans le délai que doit être fait le remboursement.

Bien mieux ce système renverse la loi. Nous verrons en expliquant l'article 1662 que le code, s'écartant des règles anciennes, ne permet pas de stipuler le réméré pour plus de 5 ans.

Dans le système de la Cour de cassation l'article 1662 devient lettre morte. Que le vendeur et l'acheteur s'entendent, le vendeur a 30 ans pour exercer le réméré ; il lui suffira, pour se mettre en règle avec la loi, lors de la quatrième année, de manifester son intention de retraire.

Inconvénients pratiques : l'incertitude de la propriété que la loi avait voulu frapper en la restreignant au terme de 5 ans, peut durer maintenant jusqu'à 30 ans. Certainement l'acheteur peut obtenir un jugement mettant fin à cette incertitude ; mais il peut ne pas agir soit par négligence, soit par suite d'une collusion avec le vendeur ; dans ce dernier cas que deviendront les droits des tiers. La loi avait voulu les protéger en limitant le

délai du réméré, l'arrêt les met à la merci du vendeur et de l'acheteur.

La cour qui voulait obvier à des inconvénients nous fait tomber dans des inconvénients plus grands encore. Le 1° système pouvait préjudicier à l'acheteur ; celui-ci peut préjudicier à tous les tiers.

Section IV

Contre qui le réméré peut-il être exercé.

Si la chose est entre les mains de l'acquéreur primitif ou d'un de ses héritiers, le vendeur s'adressera à cet acquéreur ou à cet héritier, et ni l'un ni l'autre ne peuvent se refuser de le subir dans aucun cas, puisqu'il y a eu engagement par contrat obligeant l'un et l'autre.

Si la chose est entre les mains d'un sous-acquéreur, l'article 1664 donne au vendeur droit contre lui, et cela est juridique.

Par l'effet de la condition résolutoire il redevient propriétaire ; or le propriétaire peut intenter la revendication contre tout détenteur. Le vendeur agira même directement contre le sous-acquéreur, parce que la condition résolutoire étant expresse, opère de plein droit la résolution, par son accomplissement.

Ce droit du vendeur d'agir contre le sous-acquéreur est absolu lorsque le bien vendu est un immeuble ; il reçoit une restriction, lorsque c'est un meuble, par l'application de l'article 2275. Suivant l'interprétation générale que



l'on donne à cet article, le propriétaire ne peut revendiquer, contre un possesseur de bonne foi ayant un juste titre, un bien mobilier qui n'a été ni volé ni perdu. Dans ces conditions le vendeur à réméré ne pourra exercer le réméré contre le sous-acquéreur. Ne pouvant revendiquer la chose, le vendeur aura néanmoins un recours contre son acheteur, par le fait duquel la revendication n'est pas possible, pour obtenir la différence entre le prix de vente primitif et la valeur actuelle de la chose.

Un point qui fait question est celui de savoir si le créancier de l'acheteur, auquel le meuble vendu à réméré a été donné en gage, est protégé par l'article 2279 ; nous ne le pensons pas : parce que le créancier gagiste n'est pas un possesseur au sens juridique du mot, Valette (*Priv. et Hyp.* nº 49) soutient cependant l'affirmative.

Section V

Exercice du réméré dans certains cas particuliers.

Ces cas, prévus par les articles 1667 à 1672, sont les suivants :

1º Cas où la vente a porté sur une part indivise, 1667.

2º Cas où il y a plusieurs covendeurs conjoints ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique, 1668 à 71.

3º Cas où il y a plusieurs coacheteurs, 1672.

Nous allons les passer successivement en revue.

I. — *Cas où la vente a porté sur une part indivise.*

Primus et Secundus sont copropriétaires par indivis d'un fond quelconque. Primus vend à réméré sa part à Tertius. Plus tard Primus veut exercer le réméré ; si l'indivision n'a pas encore cessé, Primus reprendra la part qu'il a vendue ; mais si l'indivision a cessé et à la suite d'une licitation faute d'avoir pu opérer un partage en nature, l'exercice du réméré recevra une modification au cas où l'acquéreur à réméré s'est porté adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui. Dans ce cas aux termes de l'article 1667, l'acheteur peut « obliger « le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user « du pacte » et comme conséquence l'obliger à lui rembourser le prix qu'il a touché et le prix d'adjudication. Ce prix d'adjudication est en effet une espèce de dépense nécessaire, puisque si l'acheteur ne l'eût pas payé il n'eût pas conservé la portion achetée à réméré. Il est donc juste que le vendeur, qui reprend la portion ainsi conservée, paie ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour la conserver.

Il se peut que l'acquéreur n'exige pas du vendeur le retrait total, l'adjudication a été une bonne opération ; mais ce même motif, qui pousse l'acheteur à désirer un retrait partiel, peut pousser le vendeur à réclamer un retrait total. Ce dernier est-il en droit de l'exiger? Certains auteurs le lui accordent ; entre autres M. Colmet de S. (VII n° 113 bis. III ; ils fondent leur décision sur l'égalité qui doit régner entre les parties. Elle serait blessée sans

cela. Toutes les chances seraient pour l'acheteur. Il imposerait le retrait lorsque l'affaire aurait été mauvaise, il le refuserait si elle avait été bonne.

Malgré cette considération très équitable, qui en législation devait enchaîner le législateur, nous ne pouvons partager cet avis : l'article 1667 est un article d'exception. Etendre sa disposition n'est pas possible (Sic. Duranton t. 16, n° 413 ; Laurent 24, n° 411).

L'article 1667 ne visant que le cas de licitation au profit de l'acheteur provoquée contre lui, et sa disposition étant exceptionnelle, le droit commun reprendra son empire dans tous les autres cas de licitation. Licitation au profit de l'acquéreur mais provoquée par lui, licitation au profit d'un tiers copropriétaire ou d'un étranger dans tous ces cas le vendeur ne pourra pas être tenu d'exercer le réméré au-delà de sa part.

II. — *Cas où il y a plusieurs covendeurs conjoints d'un immeuble ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique.*

Les deux hypothèses sont semblables et régies par les mêmes règles, art. 1668 à 1671. Nous raisonnerons sur la première. En réalité chacun d'eux n'a vendu que sa part dans l'immeuble et comme le réméré est divisible, lorsqu'il a pour objet une chose divisible, chacun des copropriétaires ne peut exercer le réméré que pour sa part. C'est ce que déclarent 1668 et 1669.

Anciennement certains jurisconsultes (V. Lapeyrere, lettre R. n° 6) décidaient qu'il pouvait à son gré exercer pour le tout. Dumoulin (*Tract. de div. et ind*, p. 3), et après lui

Pothier (n° 396) firent justice de cette décision.

Chacun ne peut donc exercer que pour sa part.

Un se présente, il vient seul. S'il vient seul, l'acheteur peut ne pas être satisfait. Le bien ainsi divisé n'aura plus pour lui la même utilité, peut être qu'il n'eût pas contracté dans ces conditions. L'acheteur a intérêt à s'opposer au réméré partiel et son opposition est légitime. Le législateur doit la consacrer tout en sauvegardant le droit du retrayant et celui de ses coayants droit.

Ce droit d'opposition a été consacré dans notre ancien droit et dans notre droit moderne, mais d'une façon différente.

Anciennement (Dumoulin, *Trac. de div.*, n° 592 et s. Tiraqueau, § 1, glose 6, n° 37, Charondas. Rep. XII, ch. 54. Pothier, n° 296) à un retrayant qui se présentait seul, l'acheteur répondait : « Retrayez pour le tout ou laissez-moi l'immeuble ».

Le droit de l'acquéreur était pleinement sauvegardé sans que celui des coayants droit du vendeur fût le moins du monde sacrifié ; s'ils n'avaient point renoncé, ils pouvaient durant le délai exercer le retrait pour leur part dans les mains du retrayant.

Aujourd'hui ce n'est pas cela ; le projet du conseil d'Etat était conforme à l'ancien droit ; mais le tribunat écarta ce projet et le remplaça par l'article 1670 ainsi conçu : « Mais « dans le cas des deux articles précédents, l'acquéreur » peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéri- « tiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux « pour la reprise de l'héritage entier ; et s'ils ne se conci- « lient pas il sera renvoyé de la demande. »

Aujourd'hui donc, l'acheteur ne dit plus à celui qui veut exercer le réméré : « Exercez pour le tout ; » mais : « conciliez-vous avec vos coayants droit pour la « reprise entière sinon je garde l'immeuble. »

Quel a été le but du législateur en modifiant ainsi l'ancien droit? a-t-il été de protéger mieux encore le droit de l'acquéreur ? Non certainnement. En laissant à l'acq uéreur la faculté d'exiger le réméré total, on le protégeait autant qu'il le fallait. Le but du législateur n'a pu être qu'une sauvegarde plus parfaite de celui des covendeurs ; c'est ce qui ressort au reste de cette nécessité d'une conciliation et de ce renvoi de la demande au cas où l'entente n'aurait pas lieu.

Autrefois l'intérêt des covendeurs n'était pas sacrifié, mais il était un peu oublié ; on ne les avertissait pas si l'un d'entre eux voulait retraire et c'est entre les mains de ce dernier qu'ils devaient plus tard revendiquer leur part.

Le législateur moderne a entendu qu'il n'en fût plus ainsi. Il veut d'abord qu'ils soient avertis, il veut ensuite qu'ils n'aient affaire, pour le réméré, qu'à celui auquel ils ont donné leur confiance.

Tel est à notre avis le but de l'article 1670, et son but connu va nous aider à en déterminer la portée.

De ce que l'article 1670 est, par la modification qu'il est venu apporter à l'ancien droit, tout dans l'intérêt des covendeurs nous en concluons :

1° qu'il y a conciliation, non seulement, lorsque les covendeurs s'entendent tous pour exercer le réméré ensemble ou séparément, ou que ceux qui ne veulent pas retraire cèdent leur droit aux autres ; mais même, lorsque

ceux qui ne veulent pas exercer le réméré y renoncent. Ceux qui renoncent manifestent qu'ils prennent définitivement le parti de ne point exercer le réméré, les deux partis différents que prennent les coayants droit ne s'entrechoquent pas ; ceux qui sont disposés pourront obliger l'acheteur à leur restituer l'immeuble en entier.

M. Laurent, n° 413, le nie; il prétend que cette renonciation ayant éteint pour partie le droit au réméré, le demandeur ne peut plus l'exercer totalement.

Raisonnement spécieux, comme l'observe M. Colmet de S. (t. 7, n° 115 *bis*) ce n'est pas le vendeur qui veut exercer pour le tout c'est l'acheteur qui l'y force. Il y aurait mauvaise foi de sa part de se prévaloir de la renonciation pour dire le réméré est tantôt divisible, tantôt indivisible.

2° Le renvoi de la demande de l'acquéreur n'est pas un renvoi définitif. Il ne peut pas être considéré comme une fin de non recevoir absolue, pouvant être opposée à toute nouvelle réquisition du vendeur. Non, si plus tard, mais toujours dans les délais, les covendeurs, qui avaient refusé, se décident enfin à retraire, l'acheteur devra s'exécuter. Et même, si, à la veille de l'expiration du délai, ils refusaient encore, leur refus devrait être considéré alors comme une renonciation tacite ; et le demandeur pourrait exiger la restitution entière de l'immeuble.

Par hypothèse nous avons supposé que la vente était conjointe. La vente conjointe est la vente d'une seule et même chose par plusieurs vendeurs pour un seul et même prix et sans désignation de parts. Ce n'est

qu'au cas où la vente est ainsi faite que la règle de l'article 1670 s'applique.

Lorsqu'elle est faite non conjointement le droit commun reprend son empire ; chaque vendeur peut exiger de l'acquéreur sa part seule, 1671.

III. *Cas où il y a plusieurs acheteurs ou plusieurs héritiers d'un acheteur unique.*

L'action en réméré divisible au point de vue actif l'est aussi au point de vue passif. L'article 1672 qui applique cette règle prévoit 3 hypothèses.

1° Les héritiers n'ont pas encore partagé l'objet, le vendeur exerce alors son réméré contre chacun d'eux pour sa part héréditaire.

2° Ils ont partagé et chacun a dans son lot une fraction de l'objet : le vendeur exerce son réméré contre chacun pour la portion divisée qui lui est échue.

3° L'objet est tombé tout entier dans le lot de l'un deux, le réméré peut être exercé pour le tout contre l'héritier qui possède l'objet.

CHAPITRE V

DÉLAI PENDANT LEQUEL LE RÉMÉRÉ PEUT ÊTRE EXERCÉ.

Cette étude, que nous avons remise et déplacée pour mieux la mettre en évidence, est très importante ; elle peut se diviser en 6 sections : 1° Durée du délai ; 2° Comment opère l'expiration ; 3° Suspension ; 4° Point de départ ; 5° Supputation ; 6° Prorogation.

SECTION I

Durée du délai.

Avant le code civil le point de vue du vendeur avait frappé uniquement notre ancienne jurisprudence ; aussi était-elle venue à son secours en prolongeant autant que possible le temps du rachat.

a. — Les parties n'avaient point fixé de délai.

Le vendeur avait 30 ans pour agir, le temps de la prescription ordinaire (Dunod, *Prescrip.* P. I. c. 12. Pothier, n° 391. Despeisses, t. 1, p. 46 n° 12). Certains docteurs voulaient même qu'il le pût toujours. Ils considéraient ce droit comme « un acte de pure faculté. » Tiraqueau (§ 1 glose 2, n° 15 et s), en cite plusieurs ; mais la majorité avec raison n'accordait que 30 ans au vendeur.

b. — Les parties avaient fixé un délai.

La convention avait-elle relaté un délai supérieur à 30 ans? Dunod, *Prescription*. P. I, c 12, pensait que cette convention devait être validée, puisqu'on n'avait pas à craindre une incertitude perpétuelle. Si le vendeur avait stipulé à toujours, oui, on réduirait parce que *privatorum pactis jus publicum mutari non potest*. Mais la majorité pour le premier cas encore, en vertu de ce même principe, voulait que l'on restreignît au terme légal. Ferrière, *Dict. v. Rem*. p. 727. Pothier, 392.

La convention avait elle relaté un délai inférieur ? La convention devait recevoir son exécution sauf cependant dans le ressort du parlement de Toulouse, où par esprit de protection, le parlement avait prorogé invariablement et de plein droit à 30 ans le délai restreint conventionnellement (Boutaric, *Inst*. p. 480. Despeisses, 11, p. 42. n° 7.) On supposait que le vendeur n'avait pas été libre. Cette règle demeura locale et exceptionnelle.

En résumé le délai de réméré pouvait atteindre un maximum de 30 ans.

Le législateur moderne s'est placé à un tout autre point de vue, et a donné une solution différente. Envisageant surtout l'intérêt public qui souffre toujours lorsqu'une trop longue incertitude règne sur la propriété, il a cherché à dégréver cette dernière autant que possible et à lui rendre la liberté si favorable au commerce, à l'agriculture et au crédit.

En conséquence l'article 1660 décide « que la faculté « de rachat ne pourra être stipulée que pour 5 ans, si elle

« est stipulée pour un terme plus long elle est réduite à « ce terme. »

Le délai maximum est donc de cinq ans; mais, cela va sans dire, les parties peuvent en restreindre la durée, puisque c'est entrer dans l'esprit de la loi.

Le délai maximum s'applique dans trois cas :

1° Si les parties l'on stipulé.

2° Si elles n'ont rien dit.

3° Si elles ont stipulé un terme plus long, 1660, *in fine*.

Section II

Comment opère l'expiration du délai?

Par le fait seul de l'expiration le vendeur est-il déchu *ipso jure* du droit d'exercer le réméré ou bien faut-il que l'acheteur obtienne un jugement ?

Pendant longtemps sous l'ancienne jurisprudence l'échéance avait opéré *ipso jure* dans tous les cas ; mais au XVIIe siècle vers 1650 mue toujours par le même sentiment de protection du vendeur, et d'antipathie naturelle contre ceux qui étaient suspects d'usure, la jurisprudence décida que pour être en sûreté, l'acheteur, au cas particulier de délai restreint par la convention des parties, devait, malgré l'expiration du délai, obtenir un jugement de *purification*, sans quoi le vendeur pourrait retraire tant que la prescription légale ne serait pas acquise. (Brodeau sur Louet, l. B. ch. 12. Pothier, n° 436). Le système des jugements de purification ne triompha pas

cependant par toute la France. Valin (sur la coutume de la Rochelle) cite un arrêt du 17 août 1747 prononçant que la déchéance du vendeur avait eu lieu de plein droit à l'expiration du délai stipulé. C'était aussi la disposition de la coutume du Poitou (art. 367) et la solution donnée dans le ressort du parlement de Normandie (v. Pothier, n° 441).

L'article 1662 abandonne le système de la jurisprudence du XVIIe siècle : plus de jugements de purification, ils sont abolis, il veut que le vendeur soit déchu de plein droit de l'exercice du retrait lorsqu'il n'a pas profité du délai qui lui était accordé, sans distinction aucune.

« Cette distinction, dit Portalis, dans son *exposé des* « *motifs*, ne nous a offert qu'une vaine subtilité. Est-il « nécessaire de faire déchoir le vendeur d'une action qui « n'existe plus? Cette action, dont la durée avait été déter- « minée par le contrat, peut-elle se survivre à elle-même? « Pourquoi vouloir qu'une partie soit obligée de rappor- « ter un jugement quand la sûreté est pleinement garan- « tie par la convention » (Séance du 7 ventôse an XII, *Motifs et discours*. p. 556)?

Section III

Suspension.

Anciennement lorsque les parties n'avaient point fixé de délai, la minorité cause de suspension pour la prescription ordinaire, l'était aussi pour celle de la faculté

de rachat. (Pothier, vente, n° 433.) Si au contraire les parties avaient fixé elles-mêmes le délai, on n'en suspendait pas le cours à raison de la minorité des ayants droit (Pothier, n° 434.) Cela eût été injuste et contraire à la volonté des parties disaient les jurisconsultes. C'eût été obliger l'acheteur à plus qu'il n'avait consenti.

Le code a aboli cette distinction, que le délai de grâce soit limité par la convention, que ce soit le délai de 5 ans fixé par l'article 1660, la minorité n'affranchit pas de la prescription art. 1663. C'est une application de la règle générale posée dans l'article 2278 qui fait courir les courtes prescriptions contre les mineurs. Mais le mineur a un recours contre qui de droit lorsqu'il éprouve un dommage du défaut d'exercice du pacte de rachat.

Section IV

Point de départ.

Le point de départ du délai doit être le jour du contrat ; car la prescription d'un droit quelconque court du jour où ce droit est né ; or le droit du vendeur, comme nous l'avons vu peut être exercé immédiatement après la vente.

Bien plus alors même que les parties auraient convenu que le réméré ne pourrait être exercé qu'à une époque ultérieure au jour de la vente, le point de départ n'en serait pas moins le jour de la vente. S'il en était

autrement, les parties pourraient éluder la disposition de l'article 1660, disposition d'ordre public.

L'ancien droit le décidait ainsi, (Despeisses, t. 1, p. 46, cod. 1, n° X. Pothier, *vente*, n° 437.)

Mais le point de départ ne serait point le jour du contrat si la vente était faite sous condition suspensive. Zachariæ, §. 157, note 5, soutient le contraire cependant, mais son opinion qui repose sur une fausse application du principe de l'effet rétroactif de la condition n'est pas admissible. Lorsque la vente est sous condition suspensive le droit au réméré n'est pas encore né puisque la vente n'existe pas encore.

Section V

Supputation du délai.

Comment calcule-t-on le délai? il est important de le savoir, puisque son expiration est de rigueur, emporte déchéance de plein droit.

Sur cette question, qui revient autrement dit à savoir si l'on doit comprendre dans le délai le *dies a quo* et le *dies ad quem*, ou le *dies ad quem* seulement, deux règles appuyées sur la tradition et sur deux articles du code, sont appliquées par notre jurisprudence actuelle, toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par les parties. Cass. 7 mars 1834. Ces règles peuvent se formuler ainsi.

1° On ne comprend pas dans le délai le *dies a quo*.

2° On y comprend le *dies ad quem*.

La première règle s'appuie sur l'article 2260, selon lequel la prescription se compte par jours et non par heures, ce qui veut dire implicitement qu'il n'y a que les jours complets qui comptent; le jour du contrat étant nécessairement incomplet ne devra pas entrer en ligne de compte.

La deuxième règle s'appuie sur l'article 2261 selon, lequel « la prescription est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli. » Le débiteur ne peut se dire libéré que lorsque le dernier jour de la prescription est achevé; jusqu'à la dernière minute de ce jour le créancier peut agir.

Ces deux articles sont insérés il est vrai au titre de la prescription proprement dite ; mais leur disposition est générale et doit s'appliquer aux délais prescrits par la loi ; car enfin les délais sont des sortes de prescription.

Ces 2 règles sont au reste fondées en raison. Lorsque je stipule un délai de 5 ans, mon intention est d'avoir un délai complet. Il ne le serait pas, si l'on comptait le *dies a quo* et si l'on ne comptait pas le *dies ad quem.*

En résumé, le délai du réméré est un délai franc ; je vends aujourd'hui 1er janvier 1888 stipulant un délai de 2 ans, je ne serai déchu de la faculté de réméré que le 3 janvier 1890 ; le 2 encore je pourrai retraire. C'est la doctrine suivie par la cour de C. rey. 7 mars 1834.

SECTION VI

Prorogation du délai.

Le délai peut-il être prorogé ? Les parties ayant stipulé un délai de 5 ans ou un délai moindre, après coup une

augmentation pour une autre période de 5 ans ou pour une période moindre peut-elle être donnée sans toucher à la nature de la convention première, tout en laissant à la vente son caractère de vente sous condition résolutoire ?

Posons la question et pour le juge et pour les parties.

1° *Le juge.* — Il le pouvait dans l'ancienne jurisprudence ; on lui permettait d'accorder un délai de grâce au vendeur ; aujourd'hui cela n'est plus possible. L'article 1661 le défend expressément ; « le terme fixé est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge. » Les termes de l'article sont aussi généraux que possible et s'appliquent aussi bien au délai conventionnel qu'au délai légal.

Cet article n'est que l'application du principe général que la convention est la loi des parties.

2° *Les parties.* — L'article 1661 ne vise que le juge. S'en suit-il que les parties ont le pouvoir de proroger ?

Plusieurs distinctions sont nécessaires.

Il y a deux cas ou la négative ne peut faire aucun doute.

1° Lorsque le délai primitivement fixé a expiré.

2° Lorsque le délai quoique n'ayant pas expiré a été primitivement fixé à 5 ans.

Au premier cas c'est l'article 1662, déclarant l'acheteur irrévocablement propriétaire, qui s'oppose à pareille prorogation. Il y a dans cette déclaration de propriétaire incommutable un fait acquis qu'aucun acte postérieur ne peut changer.

Au deuxime cas c'est l'article 1660 qui, pour un motif d'in-

térêt général, d'ordre public, ne permet pas que l'incertitude de la propriété résultant d'une clause de réméré dure au-delà de 5 ans. Rien ne serait plus facile de violer cette prohibition au moyen de délais successifs.

Mais *quid* lorsque le délai primitivement fixé est inférieur à 5 ans et qu'il n'a pas encore expiré, les parties peuvent-elles le proroger jusqu'à 5 ans ?

Ni l'article 1662, puisque la condition n'est pas encore défaillie, ni l'article 1660, puisque les parties restent dans la limite légale, ne s'y opposent. Bien plus l'article 1661, par un argument *a contrario*, nous engage à accorder ce droit aux parties. N'hésitons donc pas à décider affirmativement, d'autant plus que c'est l'intérêt du vendeur et que tant que la loi nous en laisse la latitude, cet intérêt doit nous préoccuper. L'acheteur qui pouvait devenir propriétaire incommutable plus tôt, est donc libre de renoncer à ce droit en consentant à ne le devenir qu'à l'expiration de 5 ans.

La convention des parties ne sera pas une convention nouvelle, une promesse unilatérale de vente faite par l'acquéreur. Ce sera l'ancienne convention dont les effets seront prolongés. Elle vaudra comme condition résolutoire, toutefois avec un tempérament ; celui du respect dû aux droits des tiers. Les droits des ayants cause de l'acheteur qui aurait contracté avant la prologation, seront sauvegardés ; car s'il nous est permis de renoncer à nos droits il ne nous est pas permis de renoncer à ceux des autres.

Les effets de cette prorogation peuvent se résumer en cette formule donnée par M. Laurent, t. 24 n° 385 *in fine*, page 375.

« La vente sera résolue entre les parties, à l'expiration « du délai prorogé, mais les droits consentis avant la pro- « rogation subsisteront. »

Marcadé (sur l'article 1661) ne veut cependant y voir qu'une promesse de revente. « Le pacte de retrait, dit- « il, ne peut pas être ajouté *ex intervallo*, l'exécution de la « convention ainsi faite après coup serait une seconde vente « et non la résolution de la 1re ; or la convention d'un nou- « veau délai de 2 ans, par exemple, ajoutée après coup au « pacte qui n'était écrit dans la vente que pour 3 ans, serait « un pacte fait *ex intervallo*. » Nous répondrons ceci à Marca- dé : autre chose est stipuler après coup la faculté de rachat, autre chose, stipuler un délai plus long pour exercer le rachat.

CHAPITRE VI

EFFETS DE L'EXERCICE DU RÉMÉRÉ

L'exercice du réméré comme toute condition résolutoire, qui s'accomplit a pour effet de mettre fin et rétroactivement fin à la vente. La vente n'a jamais existé ; l'acheteur n'a jamais été propriétaire, les droits qu'il a concédés n'ont jamais existé ; le vendeur a toujours été propriétaire, les droits qu'il a concédé ont toujours existé.

Une exception cependant à ce principe est posée dans l'article 1673 *in fine :* « Il (le vendeur) est tenu d'éxcuter « les baux faits sans fraude par l'acquéreur. »

« Rigoureusement les baux consentis par l'acquéreur « devraient être résolus aussi bien que les droits réels ; car, « n'ayant jamais été propriétaire de la chose, il n'avait pas « le pouvoir de la donner à bail pas plus que de l'alié- « ner » Laurent page 409.

L'ancien droit après une controverse que nous revèle Tiraqueau, § 3. glose l. n° 14 s., avait repoussé cette exception (V. *journal des Audiences* tome 1, livre 3, chapitre 42, arrêt du 24 juillet 1637, indiqué par Bretonnière sur Henry, IV, p. 28.).

La loi moderne l'a admise et le tribun Faure nous en donne les motifs : c'est qu'il est de l'intérêt de toutes les parties, même du vendeur, mais surtout de l'intérêt public que les biens soient loués à de bons locataires et surtout à de bons fermiers. Or, l'acquéreur ne trouverait pas de

propriétaires soigneux s'ils étaient exposés à être expulsés, Locré t. 7 p. 28 n° 28.

Mais la loi exige pour que l'exception soit applicable que le bail ait été fait sans fraude, s'il a eu pour but d'immobiliser la propriété du vendeur celui-ci n'a pas à en tenir compte. La question de savoir si le bail est frauduleux est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

En outre et cela est de toute évidence, le bail doit avoir été consenti avant le réméré. Lorsque le bail est sous seing-privé, il doit à notre avis avoir acquis date certaine pour être opposable au vendeur, c'est le droit commun applicable aux tiers par l'article 1328 ; or le vendeur à réméré est un tiers.

Sauf cette exception pour les baux, le principe de la résolution de la vente est absolu son effet est plein et entier ; il ne reste rien de la vente ni dans le présent ni dans l'avenir.

Tel est donc l'état de droit produit par l'exercice du réméré : résolution et résolution rétroactive. L'état de fait doit être mis d'accord avec l'état de droit.

La vente étant résolue, les parties doivent être replacées dans l'état ou elles auraient été si elles n'eussent point contracté.

L'acheteur doit rentrer dans tous ses déboursés.

Le vendeur dans la possession de la chose.

De là des restitutions réciproques à l'étude desquelles nous devons nous arrêter ; car c'est la partie la plus pratique des effets du retrait.

Nous diviserons nos explications en deux sections ; 1° Restitutions du vendeur ; 2° restitutions de l'acheteur.

Section I

Restitutions du vendeur.

L'article 1673 les énumère; « Le vendeur, qui use du « pacte de rachat, doit rembourser non-seulement le prix « principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la ven- « te, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté « la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette aug- « mentation. »

1° *Remboursement du prix principal.*

C'est la première des restitutions du vendeur.

C'est le prix d'achat lui-même et non la somme représentative de la valeur de la chose au moment du retrait.

Zoannetus rapporte un dissentiment à ce sujet provenant de la fausse idée que l'on se faisait de la nature du réméré; mais lorsque la nature du réméré ne fut plus discutée, aucun désaccord à ce sujet ne dut survenir dans la doctrine; aussi Pothier, n° 411, nous dit-il que de son temps elle était unanime.

Ce serait encore le prix d'achat même en cas de sous aliénation, que le prix de la sous aliénation fût plus élevé ou plus faible. Le vendeur n'a rien à démêler avec les tiers ; il n'a affaire qu'avec l'acheteur ; il doit le replacer dans l'état primitif, et il l'y replace en payant le prix de la première

aliénation. Tiraqueau, § 7 glose 1. n° 14. Pothier, n° 426.

Il y a exception à la règle que nous venons d'énoncer au cas seulement où les parties y auraient dérogé d'un commun accord ; nous leur avons reconnu ce droit sans qu'elles touchent à la nature de l'opération.

L'article 1673 parle du prix et non des intérêts. L'article 1659 aussi. Qu'en est-il des intérêts ? Logiquement ils devraient être dus puisque le vendeur est censé n'avoir jamais été propriétaire du prix. Cependant tous les auteurs conformément à la tradition, (v. Pothier, n° 417) s'accordent à reconnaître que le vendeur n'a point à les rembourser. Ils voient une dérogation aux principes généraux dans le silence de la loi, dérogation bien caractérisée par l'expression « prix principal » employée. La loi dit, on compense les intérêts avec les fruits que n'aura pas à rembourser l'acheteur.

M. Laurent, t. 24, n° 402, critique cette dérogation sous prétexte qu'elle consacre une inégalité entre les parties.

Il nous semble cependant qu'elle est bien justifiable. S'il y a inégalité, inégalité qui sera assez faible, étant donné que le bien n'a point été vendu à sa juste valeur et que par conséquent les revenus qu'il produira pourront atteindre sinon surpasser les intérêts ; s'il y a inégalité, disons-nous, cette inégalité sera largement compensée par les frais que nécessiterait une estimation de la jouissance intérimaire de l'acheteur.

Au reste rien n'empêche les parties qui craindraient un détriment d'écarter cette solution par une clause du contrat.

2° Frais et loyaux coûts du contrat.

Ce sont des dépenses que l'acheteur n'eût point faites s'il n'avait pas contracté. Il est donc légitime qu'il en soit rendu indemne.

Les frais et loyaux coûts du contrat sont les dépenses que la passation du contrat a rendues nécessaires, toutes celles aussi qu'une clause spéciale a mises à la charge de l'acheteur. Sous le premier chef nous rangerons le coût de la rédaction de l'acte de vente, s'il est notarié, les frais de timbre et d'enregistrement, ainsi que le droit de transcription si la vente est immobilière ; si les parties contractantes ont été mises en rapport par l'intermédiaire d'un courtier, le vendeur restituera à l'acheteur les frais de courtage, si l'acheteur a purgé les hypothèques qui grevaient la chose, les frais de purge lui devront être remboursés, les frais d'enlèvement de la chose si elle est meuble seront également restituables par le retrayant.

Sous le second chef nous comprendrons les épingles et les pots de vin stipulés dans le contrat.

3° Réparations.

Ce sont aussi des dépenses que la vente seule a occasionnées et que l'acheteur n'eût point faites sans cela.

La loi n'applique pas uniformément pour toutes les réparations le principe de la résolution.

Elle l'applique dans toute sa rigueur pour les réparations

nécessaires. Elle le fait fléchir pour les réparations utiles.

Elle l'écarte pour les réparations d'entretien et les réparations voluptuaires.

a. — Réparations nécessaires.

Le vendeur doit les rembourser tout entières, parce que lui-même les aurait faites ou aurait laissé périr la chose

Q'entend-on par réparations nécessaires ? Comme le mot l'indique ce sont les réparations sans lesquelles la chose périrait, par exemple : les réparations indiquées à l'article 606. Mais les réparations d'entretien tendent aussi à la conservation de la chose et le vendeur ne rembourse pas ces dernières, comment les distinguer ?

La distinction dans certains cas pourra être délicate ; cependant tout en laissant au juge toute liberté d'appréciation nous proposerions le critérium qui suit :

Est dépense nécessaire toute dépense qui tend à la conservation immédiate de la chose ; dépense d'entretien, toute dépense qui tend à assurer cette conservation dans l'avenir.

Nous venons de dire que les réparations nécessaires sont à la charge du vendeur. Cependant si ces réparations provenaient du défaut d'entretien, l'acheteur seul les supporterait ; car il serait en faute.

b. — Réparations utiles.

Ce sont celles qui ont eu pour but l'amélioration de la chose et qui ont en effet procuré une plus value. L'ancien droit distinguait. Il imposait au vendeur l'obligation de restituer les réparations utiles lorsque la condition était stipulée pour plusieurs années ; mais non, lorsqu'elle ne

pouvait échoir que dans l'année suivant la vente. Pothier, n° 424, qui rapporte cette décision, en donne pour raison que l'acheteur, empêché pendant un an seulement d'apporter des changements à l'immeuble, ne souffrira pas un grand préjudice, mais qu'il en serait autrement si cette interdiction durait un plus long temps, que même l'intérêt public serait atteint. Le code ne distingue plus ; mais le vendeur à moins que la plus value ne soit supérieure à la dépense ne les supporte que jusqu'à concurrence de cette plus value. Cela est juste. Ces réparations n'ontpas été imposées par la nécessité; elles n'ont eu pour but que l'amélioration du fonds, rien ne prouve que le vendeur les eût faites. S'il est d'équité qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui, il est d'équité aussi qu'on ne le force pas de payer au-delà du bénéfice qu'il retire.

On se demande si, levendeur étant dans l'impossibilité de rembourser ces dépenses utiles, les tribunaux ne pourraient pas autoriser quand même le rachat, sauf le droit pour l'acheteur d'enlever à ses frais toutes les améliorations en tant que cet enlèvement ne doit pas dégrader le fonds? Autrement dit si l'article 555 n'est pas applicable?

Pour soutenir l'affirmative ne pourrait-on pas dire que l'acheteur à réméré a été un possesseur de mauvaise foi qui n'ignorait pas la possibilité du réméré, que par conséquent, il ne devait pas faire de trop grandes dépenses?

Nous ne le pensons pas ; l'acheteur à réméré n'a pas plus été possesseur de mauvaise foi qu'il n'a été posses-

seur de bonne foi, il a été propriétaire, ni plus ni moins. L'article 555 qui concerne le possesseur de mauvaise foi ne saurait donc être appliqué. Reste l'article 1673 seul.

La solution, que l'on propose, sans compter qu'elle serait contraire à l'intérêt général qui désire qu'on améliore, est une exception à cet article. Or l'équité seule ne permet pas au juge de déroger à la loi ; il faut un motif de droit, et nous n'en voyons pas d'autre que le dol. Si l'acheteur avait fait des dépenses exagérées pour empêcher le vendeur d'exercer le réméré, il y aurait dol de sa part et le vendeur pourrait exercer le réméré sans être tenu de payer la plus value, mais à lui de le prouver. Ce serait le cas de dire avec Tiraqueau : *quod importabilem sarcinam imponit, non videtur utiliter gestum* § 7. glose 1, n° 5.

c. — Dépenses d'entretien.

Ce sont celles, avons-nous dit, qui ont pour but la conservation future de la chose. Il est de tradition, (Tiraqueau, Pothier, n° 423,) que ces dépenses sont charge de la jouissance et se prennent sur les revenus ; le vendeur n'en doit pas tenir compte.

d. — Dépenses voluptuaires.

L'article 1673 n'en parle pas explicitement, mais il en parle implicitement. Ces dépenses ont augmenté l'agrément sans augmenter les revenus du bien.

L'article 1673 ne mettant les dépenses utiles à la charge du vendeur que parce qu'elles ont procuré une plus value et jusqu'à concurrence de la plus value, les dépenses voluptuaires n'en ayant procuré aucune, il s'ensuit bien que le vendeur n'aura pas à les rembourser.

L'acheteur en sera pour ses frais. Cependant si ces réparations se sont traduites par des adjonctions au bien et qu'elles puissent être enlevées, nous ne lui refuserons pas le droit de les retirer, pourvu qu'en le faisant il ne dégrade pas la chose. Cette disposition équitable était reconnue dans l'ancien droit. (Tiraqueau, § 7, glos 1, n° 6; Pothier n° 403, et 424, *in fine*.

Droit de rétention.

Nous venons d'énumérer les restitutions du vendeur. Son obligation à les accomplir est sanctionnée par un droit de rétention que la loi accorde à l'acheteur jusqu'à leur entier acquittement.

« Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satis- « fait à toutes ces obligations » ainsi s'exprime une par. de l'article 1673.

Dans l'ancien droit Pothier, n° 426, n'admettait plus la rétention dès que le vendeur avait restitué les sommes liquides. Despeisses, t. 1. p, 44, était de cet avis, mais à condition que le vendeur fournît caution pour les sommes non liquides.

Paul de Castro, Const. 260, t. liv 2, et Tiraqueau, § 7, glose 1, n° 13, eux au contraire soutenaient, que le vendeur ne pouvait prendre possession qu'après le remboursement intégral des sommes même non liquides.

C'est cette dernière opinion que le code a adoptée.

Ce droit de rétention est un droit de rétention ordinaire semblable à celui qui est accordé au dépositaire créancier des sommes à raison du dépôt, art. 1948, à l'héri-

tier tenu d'effectuer un rapport créancier à raison du bien qu'il doit rapporter art. 867, etc. C'est une espèce de privilège, c'est le droit pour celui qui est nanti de rester détenteur jusqu'à satisfaction pleine et entière, mais ce n'est pas autre chose.

La Cour de cassation cependant, pour les besoins de sa cause, hâtons-nous de le dire, a été amenée dans son arrêt du 14 janvier 1873, à le considérer comme une manifestation du droit de propriété de l'acheteur qui subsisterait malgré l'exercice du réméré jusqu'à l'acquittement plein et entier.

C'est une simple supposition de la Cour de cassation dénuée de preuves, aussi la repoussons-nous sans discuter.

Le système de la Cour de cassation conduirait à décider que, si l'acheteur venait à délivrer la chose avant l'entier acquittement, il pourrait la reprendre. Les partisans de l'arrêt ne vont pas jusque-là. Ils considèrent ce droit comme perdu ; nous le considérons comme tel, mais ce qui est logique dans notre système ne l'est pas dans le leur.

Mais alors quelle est la position de l'acheteur qui s'est ainsi dessaisi avant d'avoir obtenu le remboursement de toutes les prestations que doit lui fournir l'acheteur ? A-t-il droit au privilège du vendeur ? M. Baudry-Lacantinerie, répond ainsi à cette question, tome III, n° 1119. « C'est demander si l'acheteur à réméré contre lequel « le rachat est opéré devient vendeur à son tour ; car il « ne peut avoir le privilège qu'à cette condition. »

L'acheteur à réméré qui perd la propriété de l'immeuble acheté en vertu d'une condition résolutoire n'a donc qu'un droit de rétention dont l'existence est subordonnée

comme tout autre droit de rétention au maintien de la possession dans ses mains.

Section II

Prestations de l'acheteur.

La loi ne les mentionne nulle part, excepté pour la remise de la chose ; mais elles découlent des principes généraux et au besoin elles nous sont révélées par les obligations du vendeur dont elles ne sont que la contre partie.

Ces obligations peuvent se ranger sous deux chefs.

1° Obligation de rendre la chose avec ses accessoires.

2° Obligation de tenir compte des dégradations provenant du fait ou de la négligence de l'acheteur.

I. — *Obligation de rendre la chose avec ses accessoires.*

Il n'y a jamais eu de difficulté pour la restitution de la chose. C'est le but principal du vendeur en stipulant le réméré. Mais anciennement il y avait controverse sur la restitution de certains accessoires, de l'alluvion et du trésor par exemple.

Tiraqueau, Paul de Castro soutenaient que ces accessoires devaient être restitués au vendeur.

Pothier, 402, et la majorité des anciens, au témoignage de Fachinée, livre II, chapitre VI, soutenaient le contraire

en s'appuyant sur des raisons d'équité et sur ce que, d'après une opinion assez générale, le réméré résolvait la vente pour l'avenir et non pour le passé.

Aujourd'hui la question ne peut plus faire de doute. Non seulement les principes généraux le commandent; mais la loi le dit elle-même: L'alluvion pour le tout, le trésor, tantôt pour moitié tantôt pour le tout, profite au propriétaire. Or ici qui a été propriétaire? N'est-ce point le vendeur? Le vendeur a donc droit à l'alluvion et au trésor ; mais pour le trésor remarquons le à la moitié seulement, car il y en a une moitié qui reste irrévocablement à l'inventeur.

Quid des fruits? Les fruits sont aussi des accessoires de la chose. Le même principe, qui nous conduit à accorder l'alluvion et la moitié du trésor au vendeur, devrait nous conduire aussi à lui accorder les fruits. Mais la loi y a dérogé implicitement en refusant, d'après le système universellement admis, les intérêts à l'acheteur. Ces deux obligations sont réciproques. L'acheteur ne rendra pas les fruits parce que le vendeur garde les intérêts. Elle établit une compensation pour éviter une estimation coûteuse.

C'est l'unique motif de cette dérogation, ne l'oublions pas, nous en aurons besoin tout à l'heure. Qu'on ne fasse pas intervenir en effet (comme le voudrait Troplong) l'idée de possesseur de bonne foi pour invoquer l'article 549. Il est un point acquis pour nous que l'acheteur à réméré n'a été nullement ni possesseur de bonne foi ni possesseur de mauvaise foi.

L'acheteur garde donc les fruits parce que le vendeur à rachat garde les intérêts. Telle est la règle : elle va

nous aider à résoudre une question sur laquelle règne la discussion.

Cette question la voici : à défaut de stipulation (stipulation qui existe le plus souvent en fait) à qui les fruits pendants lors de la vente et du retrait ? Sont-ils entièrement pour celui qui les perçoit, doivent-ils au contraire se partager au *prorata* de la jouissance.

Voici l'hypothèse, Primus vend un champ de blé au mois de juin quelque temps par conséquent avant la récolte à Secundus. Secundus récoltera. Primus exerce le réméré dans le cours de la 4e année au mois d'avril, Primus récoltera.

Dans le premier cas les fruits appartiendront-ils en entier à Secundus au détriment de Primus qui la première année n'aura joui des intérêts que partiellement. Dans le deuxième cas les fruits appartiendront-ils en entier à Primus, le vendeur, qui pourtant aura joui des intérêts partiellement.

Lorsqu'il s'agit de fruits civils, les auteurs n'hésitent pas à décider que les fruits se partagent au *prorata* de la jouissance.

Ainsi supposons que le bien vendu à réméré ait été donné entièrement à ferme payable au mois de janvier de chaque année, l'acheteur n'aura droit pour la première année qu'aux 7/12 de fermage ; mais il aura droit pour la dernière aux 3/12.

Mais quand il s'agit de fruits naturels, les auteurs, méconnaissant sans raison les principes, arrivent à des solutions plus ou moins injustes.

Dans l'ancien droit, en conséquence des règles posées

en matière de fruits par les coutumes d'Orléans et de Paris, article 374, Pothier, nos 407 et 403, dont la solution avait été formellement adoptée par les coutumes d'Auvergne de Loudunois et de la Marche, décidait que les fruits pendants lors de la vente devaient être restitués au vendeur; il en donnait cette raison que lors de la vente le prix a dû être déterminé en tenant compte des fruits alors pendants. Le prix ayant été élevé en conséquence, si le vendeur devait le restituer sans bénéficier des fruits en question, le retrayé aurait à la fois le prix et la chose, ce que l'équité ne permet pas.

Quant aux fruits pendants lors du rachat, Pothier les accordait encore au vendeur, sauf la restitution des frais de labours et semences.

Pothier disait se baser sur l'égalité en décidant ainsi ; nous ne voyons guère que l'équité fût satisfaite : le vendeur jouira à la fois des intérêts et des fruits. Remarquons en effet que, pour les fruits pendants lors de la vente, si les parties en tiennent compte, ce ne sera point pour élever le prix de vente , le prix de vente est estimé à raison de la valeur intrinsèque de la chose, mais, si elles en tienuent compte ce sera dans une clause à part. Le vendeur dira : « vous allez jouir d'une récolte entière, je ne jouirai que d'une partie des intérêts, indemnisez-moi » et la somme avec laquelle l'acheteur indemnisera le vendeur on ne peut la considérer comme partie du prix.

L'opinion de Pothier n'était pas universellement admise. Tiraqueau, quant aux fruits pendants lors de la vente, les accordait entièrement à l'acheteur, et, quant à ceux pendants lors du retrait, il voulait qu'ils se parta-

geassent au *prorata* de la jouissance, § 5, glose 4, n° 13 et s.

De nos jours Bugnet sur Pothier, t. 3, n° 407, note 2, n° 408, note 1, a proposé d'appliquer purement et simplement l'article 585 relatif à l'usufruit. Les fruits appartiennent à celui qui les perçoit. Ce système conduit à des conséquences moins injustes que celui de Pothier mais assez cependant pour nous le faire repousser.

Que peut-il arriver et qu'arrivera-t-il le plus souvent? C'est que le vendeur vendra au lendemain et achètera à la veille d'une récolte, il cumulera pour une année entière et fruits et intérêts.

Que la loi ait appliqué cette disposition à l'usufruitier cela s'explique, ainsi que M. Laurent, t. 24, n° 408, le remarque, par l'incertitude qui règne sur le moment où l'usufruit viendra à s'éteindre ; il y a chance égale entre l'usufruitier et le nu propriétaire. » L'un aussi bien que l'autre peut espérer jouir d'une récolte entière. Mais, s'il ne dépend point le plus souvent de la partie intéressée de faire cesser l'usufruit à son gré, il dépend toujours du vendeur d'exercer le retrait quand il le voudra ; et, certes si telle est la loi, il l'exercera nous le répétons à la veille de la récolte, et l'acheteur est assuré à l'avance de ne jamais profiter de la dernière.

L'injustice de ce système suffirait pour le condamner s'il ne l'avait été déjà par le législateur. L'art. 95 du projet de l'an VIII indiquait la solution de Bugnet. Sur l'observation de divers tribunaux d'appel il fut supprimé. Cette suppression n'est-elle point significative ?

Duranton, t. 16, n. 414 et Troplong, t. 3, n. 769 et 70,

ont ressuscité le système mixte de Tiraqueau. Les fruits pendants lors de la vente appartiennent à l'acheteur. Les fruits pendants lors du retrait se partagent au prorata de la jouissance. Mais pourquoi s'arrêter ainsi en chemin, quelle raison de donner une solution différente dans deux cas identiques ?

Pour nous, nous rejetons toutes ces distinctions ; nous voulons l'égalité la plus absolue, et réclamons le système admis pour les fruits civils. En faisant ainsi nous ne sommes pas seulement d'accord avec l'équité, nous sommes aussi d'accord avec les principes généraux de notre matière.

D'après les principes généraux de la résolution, le vendeur devrait restituer tous les intérêts, l'acheteur tous les fruits. La loi déroge à ce principe, elle établit une compensation, elle dit implicitement au vendeur : « tu ne rendras pas les intérêts parce qu'on ne te rendra pas les fruits correspondants à ces intérêts. » A l'acheteur : « tu ne rendras pas les fruits parce qu'on ne te rendra pas les intérêts correspondants à ces fruits. »

Mais pour tout ce qui n'entre pas dans la compensation le principe de la résolution doit nécessairement reprendre son empire.

Si donc la première année le vendeur ne jouit des intérêts que pendant quelques mois, les fruits de cette première année ne se compensant que jusqu'à concurrence de ces quelques mois, pour le surplus le principe de la résolution s'opèrera, il appartiendra au vendeur ; et pour la dernière année, si le vendeur ayant joui en partie des intérêts recueille cependant tous les fruits,

comme il garde les intérêts, il doit rendre, la partie des fruits correspondant à ces intérêts et ne doit conserver que le surplus.

Que peut-on objecter à ce système? Qu'il donne lieu à des estimations ? Est-ce une raison suffisante pour ne pas s'y rallier? La loi s'en émeut-elle des estimations? Ne les admet-elle pas dans le régime dotal? Et le motif qui les lui fait admettre ne se retrouve-t-il pas ici avec autant de force? Les intérêts du vendeur et de l'acheteur se prêtent d'autant moins à une confusion que le délai du réméré étant très court, 5 ans au *maximum*, dans une période si peu longue il y aura pour l'un des contractants une lésion de plusieurs mois d'intérêts ou de fruits, lésion relativement très considérable. Au surplus cette estimation (qui ne se présente, au reste, que pour la première année, pour la dernière année un partage en nature pouvant très-bien se faire), cette estimation, disons-nous est-elle donc si compliquée? Ne se réduit-elle pas à une règle de 3 bien simple? Est-il difficile d'évaluer le revenu annuel d'un bien, et connaissant ce revenu que faut-il pour connaître le revenu de 3 mois, de 4 mois?

Et au besoin n'y aurait-il pas un moyen plus simple et que nous inspire la loi?

Puisque la loi compense les intérêts et les fruits, c'est qu'à ses yeux les fruits de la chose égalent les intérêts du prix, les restitutions à opérer pour les fruits pourraient donc s'évaluer sur le pied des intérêts.

Rien ne s'oppose donc à l'admission de notre système nous y persistons. Les fruits pendants, aussi bien lors du

retrait, que lors de la vente doivent se partager à raison de la jouissance. Le partage des premiers se fera en nature, le partage des seconds n'est pas possible mais l'acheteur tiendra compte au vendeur d'une somme représentant le revenu du bien pour le temps pendant lequel il n'en a pas joui.

Dans notre système il importe de savoir à quel moment finit en droit la jouissance de l'acheteur.

La jouissance de l'acheteur finit au moment de la résolution de son droit de propriété, or ainsi que nous avons essayé de le démontrer, la résolution s'opère au moment du remboursement effectif ou de la consignation.

L'acheteur aura donc droit aux fruits jusqu'au remboursement ou à la consignation ; c'est équitable puisque jusqu'à ce moment, le vendeur ayant joui du prix il est juste que l'acheteur jouisse de la chose (Ainsi Tiraqueau, coutume de Poitou articles 367 et 368, et de Loudunois chapitre 16 art. 2). Pothier, n° 411, voulait au contraire que la jouissance de l'acheteur cessât du jour où des offres réelles ont été faites.

2° *Obligation de tenir compte des dégradations provenant de son fait ou de sa faute.*

C'est une conséquence du principe général que les parties doivent être remises dans l'état ou elles auraient été si la vente n'eût pas eu lieu. Si la vente n'eût pas eu lieu il est à présumer que le vendeur eût apporté à la chose les soins d'un bon père de famille et eût ainsi évité ces dégradations ; il est donc juste que l'acheteur par le fait ou la faute duquel elles sont arrivées en soit responsable.

Ces motifs excluent de la responsabilé de l'acheteur les réparations par cas fortuit. Ces dégradations seraient même arrivées malgré la vigilance du vendeur ; l'acheteur qui n'a rien à se reprocher ne doit donc pas les supporter.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La résolution *ipso jure* de la propriété ne fut admise qu'à partir de Justinien, page. 40 et s.

II. — La résolution opérait rétroactivement, page 50 et s.

III. — Dans la vente sous condition résolutoire les risques sont pour le vendeur si la condition s'accomplit, page 53 et s.

EN DEHORS DE LA THÈSE.

I. — Les romains n'ont jamais admis la saisine héréditaire à quelque classe que les héritiers appartinssent.

II. — La *locatio conductio operis* ne suppose pas nécessairement la remise d'un objet matériel.

III. — La nature du bénéfice de cession d'actions était mixte, cession à l'égard du débiteur cédé, l'opération restait un paiement à l'égard du créancier.

IV. — Le tuteur dans le dernier état du droit fut responsable même de sa faute légère appréciée *in abstracto*.

DROIT FRANÇAIS

I. — La clause de réméré, au lieu de favoriser l'usure, la rend moins dangereuse, p. 68 et s.

II. — Le bénéfice de discussion accordé à l'acquéreur sous faculté de rachat par l'article 1665 n'est pas opposable aux créanciers chirographaires du vendeur voulant exercer le réméré en vertu de l'article 1166, p. 94 et s.

III. — L'acheteur sous faculté de rachat a le droit de purger; mais la purge qu'il opère n'a pas un effet absolu, elle ne libère pas des hypothèques le droit qu'a conservé le vendeur, p. 98 et s.

IV. — Le cessionnaire de la faculté de rachat qui exerce le rachat n'a qu'un droit de rétention pour s'assurer le remboursement des sommes qu'il a payées à l'acquéreur pour exercer le rachat, p. 118 et s.

PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. — La loi entend par contre-lettre la convention secrète et non l'écrit qui la prouve.

II. — La clause par laquelle le donateur stipule que les valeurs mobilières données n'entreront point dans la communauté existant entre son fils et la femme de son fils est valable même en ce qui concerne la portion de biens donnée qui repré-

sente la réserve du donataire dans la succession du donateur.

III. — La promesse synallagmatique de vente transfère par elle-même la propriété.

IV. — La présomption de faute sur laquelle repose la responsabilité édictée par l'article 1385, du propriétaire de l'animal qui a causé le dommage ou de la personne qui en faisait usage au moment de l'accident est une présomption qui ne peut céder que devant la preuve soit d'un cas fortuit, soit d'une faute commise par la partie lésée.

PROCÉDURE CIVILE

I. — L'article 23 du code de Procédure civile est applicable non seulement au demandeur en complainte mais aussi au demandeur en réintégrande.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le privilège du vendeur de navire s'éteint par cela seul que le navire a fait un voyage en mer encore que ce voyage n'ait pas été fait sous le nom de l'acheteur.

DROIT CRIMINEL

I. — La notoriété du fait n'affranchit point le révélateur

du secret professionnel des peines de l'article 378. C. p.

II. — La cour d'assises peut accorder les circonstances atténuantes aux accusés qu'elle juge par contumace.

Vu par le Président de la thèse,

DEMANTE

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU PACTUM DE RETROVENDENDO

DROIT FRANÇAIS

DE LA VENTE A RÉMÉRÉ

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.



Imp. des Écoles, Henri JOUVE, 23, rue Racine, Paris.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

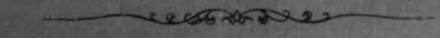
TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. DANIEL DE LAGASNERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.



PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1888

THÈSE POUR LE DOCTORAT.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Vendredi 6 Juillet 1888, à 2 heures 1/2

PAR

P. DANIEL DE LAGASNERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

Président : M. BUFNOIR ;

Suffragants : MM. GÉRARDIN, BEAUREGARD, Professeurs ; MICHEL, Léon, Agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1888

6/27/21

DROIT ROMAIN

DE L'OBJET DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION.

Je voudrais décrire le domaine d'assiette de l'hypothèque, en droit romain, dire sur quelles choses elle peut porter.

Les choses susceptibles d'hypothèque y sont, en principe, toutes celles qui peuvent faire l'objet d'une vente : « quod emptionem venditionemque recepit, etiam pignorationem recipere potest », dit la loi 9 § 1 de pignor. XX. I. L'hypothèque pourra donc affecter les meubles comme les immeubles, les choses corporelles comme les incorporelles, les droits réels comme les personnels, les choses futures comme les choses actuelles. L'équation entre le domaine de la vente et celui de l'hypothèque répond d'ailleurs logiquement à cette idée que la vente est la fin de l'hypothèque.

Notre droit civil a réduit l'objet de l'hypothèque aux

biens immobiliers qui sont dans le commerce, à leurs accessoires réputés immeubles, à l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée, art. 2118 C. c. Sans doute, en se plaçant à un point de vue général qui embrasse le nantissement, le privilége et l'hypothèque, la divergence entre les deux législations s'atténue fort. Ainsi M. Labbé (1) a écrit avec parfaite raison que « la créance résultant de la sous-location est affectée par privilége à la sûreté du bailleur principal ». Ce privilége n'est-il pas un reflet de l'hypothèque des créances admise par le droit romain, du *pignus nominis ?* Mais les meubles corporels, à raison de l'instabilité de leur assiette, de leur fragilité, ont été tenus pour impropres à recevoir aucune affectation hypothécaire; d'autant plus que la publicité, élément capital de notre système hypothécaire, serait impossible à organiser à leur égard.

L'extension donnée par le droit romain à l'hypothèque s'expliquerait insuffisamment par la seule suggestion logique dont j'ai parlé. Les vues suivantes donneront comme la psychologie de ce point

L'absence de publicité de l'hypothèque, chez les Romains, écarte d'abord l'objection péremptoire que je formulais contre son application aux meubles. Le besoin de sécurité que nous éprouvons dans la transmission des biens ne les toucha pas. Il ne les frappa point là où cependant il est le plus sensible, dans la circulation de la propriété mobilière. D'autre part, la nature de l'esprit d'abstraction romain devait pour ainsi dire livrer les meubles à l'hypthèque. Le droit romain, poursuivant,

---

(1) *Revue Critique*, t. 43, p. 572.

comme l'a si ingénieusement démontré Ihering(1), l'égalité et la généralisation jusque dans les biens ne refléta pas la distinction naturelle et profonde des biens en meubles et immeubles. Le droit hypothécaire en fut indépendant, tout comme la possession, la propriété, le droit héréditaire, l'*obligatio*, aussi bien par rapport aux formes avec lesquelles ces droits sont établis et exercés, que par rap-rapport à leur efficacité matérielle. A la différence du droit germanique, où la propriété foncière joue un tel rôle qu'on peut parler d'un droit réel différent pour les meubles et pour les immeubles, le droit romain présente la même notion des droits réels pour les uns et pour les autres. Loin de modeler la définition sur la chose, il adapte celle-ci à l'idée qu'elle représente. Il lui répugne de scinder une idée fondamentale : il fait entrer les choses dans les cadres tracés par sa pensée générale, au lieu de grouper des distinctions juridiques autour des distinctions naturelles qui sont, suivant une expressive métaphore, les véritables noyaux de la cristallisation du droit.

Autre considération. L'application de l'hypothèque à tous les droits quelconques qui ont une valeur pécuniaire et qui se laissent transférer, ne se fit que progressivement. D'abord restreinte aux choses corporelles, elle s'étendit avec le progrès du droit, se dégageant des influences de la perception sensible vers l'abstraction. C'est le même mouvement qui transforme, notamment, la possession portant d'abord sur les seules choses, puis s'épurant jusqu'à la quasi-possession. Le commerce juridique s'élargit, s'opérant désormais aussi sûrement avec

(1) *L'Esprit du Droit romain*, t. II.

l'objet invisible, le droit, que jadis avec la chose corporelle.

Un autre courant d'évolution amène l'hypothèque des choses futures. A l'origine, une des conditions de l'acte juridique est l'existence actuelle des rapports concrets dont dépend la validité de la disposition. On ne peut transférer à autrui ce qu'on n'a pas soi-même. D'où le droit primitif déduisit qu'on ne peut transférer une chose avant de l'avoir. Cette conséquence n'arrêta pas le droit nouveau dans cette phase si curieuse de son progrès, la création de formes qui permettent d'attirer l'avenir dans le cercle des relations juridiques (1). Il admit l'hypothèque des choses futures, les hypothèques générales. Nos lois hypothécaires modernes ont, pour la plupart, maintenu le principe de la spécialité des hypothèques : ce qui tend à prouver que l'innovation romaine nuisait aux véritables intérêts du commerce juridique plutôt qu'elle ne leur était utile.

J'ai dit que le domaine de l'hypothèque avait mêmes limites que celui de la vente. Il le déborde même par une exception curieuse. Celui qui avait fourni la rançon d'un captif avait sur sa personne une sorte de droit de gage qui suspendait les effets du *postliminium* jusqu'à ce que le *redemptor* fût désintéressé. (L. 19 § 9 de captiv. XLIX, 15). Dans l'intervalle, le *redemptus* demeurait citoyen romain, mais devait son travail au *redemptor* jusqu'à l'acquittement de sa dette. Celui-ci pouvait d'ailleurs vendre son droit de *pignus*, mais non pas, comme il eût fait d'un esclave, son débiteur hypothéqué dans sa personne même en garantie de sa dette.

---

(1) Voy. Ihering, t. IV, p. 156 et suiv.

Analogue était la situation, vis à vis de son ancien maître, d'un esclave pris par l'ennemi, racheté et affranchi par son *redemptor*. La liberté lui était maintenue, mais il était débiteur envers son ci-devant maître d'une somme égale à sa valeur. Et il lui était à raison de cette dette *pignori obligatus*, comme un homme libre *redemptus* l'était pour sa rançon. (L. 12 § 8 et suiv. de captivis XLIX, 15). — Par contre, une disposition de Théodose et d'Honorius avait défendu d'hypothéquer les choses nécessaires à l'exploitation d'un fonds rural (L. 8, C. quæ res pign. VIII. 17).

J'entre maintenant dans le détail de mon sujet. Ma tâche est d'étudier les divers droits pécuniaires que l'homme peut avoir sur les choses au point de vue de leur aptitude à se combiner avec le droit d'hypothèque. Considérons les successivement dans ce dessein.

HYPOTHÈQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

De même que le propriétaire d'un fonds ou d'un meuble le peut vendre en entier, par partie divise ou indivise, il le peut hypothéquer dans les mêmes conditions. Le propriétaire d'une portion indivise pourra également offrir hypothèque sur ce bien tel quel; la base de la sûreté consentie demeurera d'ailleurs fixe et invariable. « Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata », l. 7 § 4 quibus mod. pign. XX. 6. Un communiste ayant hypothéqué sa part indivise, après le partage accompli, ce n'est point la part qui est échue à celui qui a constitué l'hypothèque qui sera seule frappée; la part des deux copartageants demeurera hypothéquée par indivis et pour moitié. Le partage ne modifiera pas l'assiette de l'hypothèque, seulement la moitié indivise grevée se trouvera désormais pour moitié chez un tiers détenteur. Complication fâcheuse pour l'exercice du droit, mais solidité de garantie.

Je rencontre un second exemple des mêmes résultats

dans la situation du légataire pourvu par Justinien d'une hypothèque tacite portant sur tous les biens de la succession.

Un legs de 100 est fait à Titius par un testateur à la charge de deux héritiers pour parties égales, Primus et Secundus. Cette charge de la succession se divise *ipso jure* entre eux. Titius a ainsi deux débiteurs tenus envers lui de deux obligations respectivement de 50. Chacune d'elles étant garantie par un hypothèque, Titius a deux hypothèques portant respectivement sur la moitié indivise de Primus et sur celle de Secundus ; tout comme si, ayant consenti à Primus et à Secundus deux prêts de 50, il s'était fait constituer par chacun d'eux une hypothèque sur leur part indivise dans la succession. Titius ne pourra donc pas plus demander hypothécairement à Primus et à Secundus qu'il ne peut leur demander personnellement. Mais, vienne le partage, Primus et Secundus acquièrent l'un de l'autre des parts indivises grevées d'hypothèque. Dès lors, chacun d'eux peut être poursuivi hypothécairement pour ce qu'il doit lui-même et pour ce que doit son cohéritier.

Telles sont les conséquences du caractère translatif du partage. Vainement m'opposerait-on cette décision de la loi 1 C., communia de leg , VI, 43 : « in omnibus autem hujus modi casibus in tantum, et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. » Elle reçoit une interprétation satisfaisante en la faisant répondre à l'époque antérieure au partage.

Relativement à l'hypothèque d'une somme d'argent, dont le cautionnement en argent exigé de nos jours de

certains fonctionnaires et d'entrepreneurs de travaux publics offre l'image moderne, il suffira de noter que le débiteur qui s'est acquitté réclamera la restitution de la somme engagée au moyen d'une *actio pignoratitia* et non pas d'une *condictio*.

L'hypothèque d'une *universitas rerum* appelle quelques détails.

Les jurisconsultes romains entendaient sous ces mots des collectivités dont la pensée seule réunit les éléments, un troupeau, un magasin, une hérédité. Ils distinguaient les « *universitates juris* » et les « *universitates facti* ». (L. 30 pr. de usurpat. et usucap., XLI, 3). L'*universitas juris* est l'*universum jus* d'une personne, une hérédité, un pécule castrense. C'est véritablement une création de la loi, une chose juridique indépendante des objets matériels qui la constituent. On a en effet pour la réclamer une *actio in rem universalis*. (L. 27 § 3 de rei vendic. VI, 1 ; l. 20 § 10 de hered. petit. V. 3). Autrement en est-il des *universitates facti*, comme un troupeau, un magasin : elles n'ont point d'existence indépendante des objets qui les constituent. La preuve en est qu'on n'usucape pas un troupeau, mais seulement les diverses têtes de bétail (L. 30 § 2 de usucap XLI, 3). Il est vrai qu'on peut revendiquer un troupeau, *gregem, non singula capita*. (L. 1 § 3 de rei vindic VI, 1). Mais cette faculté n'est qu'un avantageux moyen de procédure qui permet d'éviter les désastreux effets de la *plus petitio* ; la *vindicatio gregis* est une *vindicatio incertæ partis*. C'est ce qu'établit péremptoirement cette simple remarque. Si, après avoir succombé dans la revendication, je veux revendiquer des têtes isolées, mon action sera repoussée

par l'exception *rei judicatæ*, s'il est prouvé qu'au moment où j'ai intenté la *vindicatio gregis*, les têtes que je réclame actuellement étaient comprises dans le troupeau. (L. 21 § 1 de except. rei judic. XLIV, 2).

Ce point d'ontologie juridique étant ainsi établi, l'hypothèque consentie sur une hérédité devra garder dès sa constitution une assiette invariable. Mais il n'en ira pas de même à l'égard des *universitates facti*. Il faudra rechercher l'intention des parties pour déterminer la portée de l'hypothèque dont elles auront été constituées l'objet. Deux exemples éclaireront ce principe d'interprétation.

La loi 34 pr. de pign. XX. I, prévoit le cas où un marchand a consenti une hypothèque sur son magasin : « Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in eà erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatæ sunt et res aliæ illatæ? Respondit : ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt pignori obligata esse videntur. » Dans cette espèce, le créancier a dû vraisemblablement consentir à la vente habituelle des marchandises en magasin, à condition que son droit d'hypothèque ressaisirait les nouvelles marchandises introduites en remplacement. Mais il n'a évidemment pas consenti à la vente en bloc de tout le fonds et il pourra au besoin le venir réclamer *jure pignoris* entre les mains du tiers acquéreur. Que si le constituant se mettait à vendre peu à peu sans remplacer, le créancier

serait admis à intenter l'action *pigneratitia contraria* pour détérioration dolosive de son gage et l'action *in rem* pour se faire mettre en possession des marchandises encore existantes. — Au jour du décès du constituant, son héritier ne pourra rien distraire des marchandises contenues dans le magasin, mais aussi celles achetées par lui ne tomberont pas sous l'hypothèque constituée par le défunt.

La loi 13 pr. de pign. XX. I. présente une autre application de notre formule : « Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignus tenebitur ». Un troupeau ayant été hypothéqué, le croit, naturellement destiné à remplacer les têtes qui meurent, sera frappé de l'hypothèque qui s'étend sur tout le troupeau. Il pourra dès lors arriver que, celui-ci se renouvelant complètement, l'hypothèque se trouve porter sur des têtes dont aucune n'avait été frappée au moment de la constitution. — Mais ce n'est pas à dire que le propriétaire du troupeau pourra, en vendant les têtes, les soustraire à l'hypothèque. Cette éventualité n'est certes pas entrée dans la pensée du créancier, à moins qu'il ne s'agît du troupeau d'un éleveur qui vend pour acheter.

HYPOTHÈQUE DES DROITS RÉELS.

Je dois envisager les servitudes réelles et personnelles, les droits de superficie et d'emphytéose en tant qu'objets de l'hypothèque.

Peut-on hypothéquer une servitude ? Question complexe qu'il faut analyser.

La constitution d'hypothèque sur une servitude se conçoit en effet sous deux points de vue, suivant que la servitude existe déjà ou qu'elle n'est pas encore constituée, qu'elle est contenue en puissance dans le droit de propriété, comme la partie dans le tout.

S'il s'agit d'une servitude déjà établie, elle semble répugner à recevoir un droit d'hypothèque, puisqu'elle ne peut être vendue. Toute servitude est par elle même incessible : une servitude personnelle est indissolublement fixée sur la tête du titulaire et ne peut être transportée à une autre personne; une servitude prédiale est inséparable du fonds à qui elle profite, elle y est attachée comme une de ses qualités naturelles, fertilité, salubrité, elle ne saurait être transportée à un autre fonds. Ajoutons, au surplus, en ce qui concerne les servitudes prédiales, que le propriétaire du fonds dominant ne saurait, par un transfert de son droit, aggraver la condition du propriétaire du fonds servant.

Cependant, parmi les servitudes personnelles, l'usufruit n'est pas tellement attaché à la personne du titulaire que celui-ci n'en puisse céder, aliéner l'exercice. Le droit en lui-même ne cessera pas de reposer sur la tête de l'usufruitier, si bien que sa mort fera évanouir le droit du cessionnaire ; mais l'émolument de ce droit, sa valeur pécuniaire sont susceptibles de vente et par là même d'hypothèque. C'est la solution que consacre en effet la loi 11 § 2 de pignor. XX. I. dans ce passage : « .... Si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit ut ususfructus pignori sit; nam et quum emptorem ususfructus tuetur prætor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et creditori objicietur exceptio. »

Mais plaçons-nous en présence d'un propriétaire désireux d'emprunter une somme d'argent, et qui voudrait, au lieu d'offrir au prêteur un droit d'hypothèque sur son fonds, constituer cette garantie en l'appuyant sur une servitude à établir sur ce fonds, *servitus constituenda*. Qu'est-ce à dire?

Si je suppose une servitude personnelle, un usufruit, par exemple, pourquoi le propriétaire emprunteur ne pourrait-il pas ajouter au contrat de prêt ce pacte, qu'il confère à son créancier l'usufruit de son fonds en garantie hypothécaire de son engagement, *usumfructum pignori hypothecæve dare*, comme s'exprime la loi 11, § 2, de pign.? Et en effet la validité de la convention ne fait pas doute aux yeux du jurisconsulte.

S'il s'agit de servitudes réelles, le droit romain distingue entre les prédiales et les urbaines. Celles-ci ne peuvent être l'objet d'un droit de gage ou d'hypothèque, qu'elles soient constituées ou à constituer : « Jura prœ-

diorum urbanorum pignori dari non possunt ; igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint », l. 11, § 3, de pignor. XX, 1. C'eût été grever la propriété urbaine d'une charge inutile à fortifier la garantie du créancier, qui n'eût guère trouvé acheteur pour réaliser son gage dans le cercle infime des personnes à qui une servitude urbaine peut être utile.

Autrement en est-il des servitudes rurales, dont le domaine d'utilité est bien plus étendu : « Sed an viæ, itineris, actus, æquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Ponponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat ; et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contratentium admissa est », l. 12 de pignor, XX, 1. Pour fortifier son crédit, l'emprunteur peut concéder au prêteur qui serait propriétaire d'un fonds prochain, l'exercice, tant qu'il ne l'aura pas remboursé, d'une servitude de passage ou d'aqueduc sur son fonds. Ce sera là proprement la convention de *pignus servitutis*. Que si, à l'échéance, le débiteur ne s'acquitte pas, le créancier pourra vendre à un voisin la servitude sur laquelle il a reçu un droit de gage ou d'hypothèque

Mais ce dernier point demande à être sainement compris. La remarque suivante concerne d'ailleurs également l'hypothèque de l'*ususfructus constituendus* attendu qu'elle ne fait qu'appliquer les vrais principes.

Il ne s'agit point, dans l'opération prévue par les mots « *vendere eas vicino liceat* », de la cession, de la vente de la servitude déjà constituée au profit du créancier. Il n'y a pas, dans l'espèce, dérogation *propter utilita-*

tem contrahention au caractère d'incessibilité des servitudes ni à leur perpétuité. Le créancier hypothécaire n'a jamais été investi de la servitude, pas plus qu'il n'eût été investi de la propriété du fonds, si sa sûreté eût porté sur le fonds lui-même. Il a simplement reçu du propriétaire du fonds le droit de constituer une servitude à la charge de ce fonds, en cas de non paiement à l'échéance. Pour exercer ce droit, il disposera de l'action hypothécaire, non point de l'action confessoire utile Ayant alors obtenu gain de cause dans cette instance, il en tirera le droit de constituer valablement, au profit d'un voisin, une servitude sur le fonds de son débiteur Et ainsi la servitude ne naît, n'est constituée que par l'exercice intégral de l'hypothèque, par la réalisation consommée de la sûreté consentie.

Les *operæ servorum vel animalium* pouvant être l'objet d'un louage (L. 2 de usu per leg. dat. XXXIII, 2), pourront être l'objet d'une hypothèque. De même l'*habitatio*, à partir de Justinien. (L. 13 C. de usufr., III, 33). D'ailleurs, comme je l'ai dit de l'usufruit, c'est l'exercice seul de ces droits qui est hypothéqué. Au surplus, rien ne s'oppose à ce que ces mêmes servitudes et même *l'usus* soient offertes en hypothèque *constituendæ*, à l'état des droits à constituer. L'opération juridique qui réalisera cette hypothèque, sera soumise aux règles que je viens d'exposer sur l'hypothèque des servitudes rurales *constituendæ*.

HYPOTHÈQUE SUR LES CRÉANCES

Les créances, qui sont un élément du patrimoine, ne répugnent aucunement, par leur nature, à un droit de préférence dont elles seraient l'objet. On les conçoit fort bien affectées à titre de gage à la garantie d'une obligation. Seulement, tandis que le gage d'un bien corporel s'exerce naturellement par la vente aux enchères, le gage d'une créance ne saurait, tout au moins comme exécution dernière, se plier à ce mode de réalisation. Celui qui s'y applique rationnellement, est le droit, pour le créancier garanti, d'agir contre le débiteur de la créance affectée, et d'obtenir au besoin condamnation contre lui.

Comment le droit romain a-t-il conçu l'organisation du gage ou de l'hypothèque portant sur une créance, le *pignus nominis ?*

Le *pignus nominis* semble avoir été l'extension dernière du domaine d'assiette de l'hypothèque : « Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur », dit la loi 7 C. de heredit , vel act. vend. IV. 39. Et cependant le besoin de cette sûreté particulière était plus pressant encore dans le droit romain primitif. La grande règle de la théorie des obligations « *Qui s'oblige oblige le sien* », consacrée par l'art. 2092 C. C. y était inconnue. Elle s'y in-

filtra peu à peu en se traduisant par une procédure d'exécution de moins en moins imparfaite : la *manus injectio*, qui en était la négation, faisant place, sous le système formulaire, à la *bonorum venditio*, et celle-ci disparaissant à son tour devant la *bonorum distractio* et le *pignus ex causâ judicati captum*. Ces moyens n'en étaient pas moins longs et coûteux et agréaient bien moins aux créanciers que la sûreté plus énergique et plus prompte à réaliser de l'hypothèque. La pratique, sous l'action de ce besoin, dut étendre l'hypothèque aux créances, d'autant plus que les Romains ne connaissaient rien d'analogue à notre saisie-arrêt ou opposition, soit comme mesure conservatoire, soit comme préliminaire d'exécution. Voyons le fonctionnement de ce nouveau moyen de crédit.

Je constitue une hypothèque au profit de mon créancier sur une créance que j'ai contre un tiers. Quels droits lui ai-je ainsi conférés ? Au fond des choses, je lui ai donné un droit exclusif sur ma créance, je l'ai autorisé à poursuivre mon débiteur, à l'obliger à verser entre ses mains, sans avoir besoin de s'adresser à moi, titulaire de la créance. Sans doute mon créancier hypothécaire pourra vendre, à l'échéance, la créance que je lui ai donnée en garantie, s'il y trouve avantage, si, par exemple, la créance engagée a une échéance plus reculée que la créance garantie. Mais l'acheteur devra, à un moment donné, poursuivre mon débiteur, et ainsi la situation que je viens d'analyser se présente toujours en fin de compte.

Or, dans ce résultat, certains auteurs (1) ont voulu voir

---

(1) Voyez Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*.

une véritable hypothèque réalisée en acte, avec tous ses caractères de droit réel. Pour justifier ce point de vue, ils prétendent épurer, en l'élevant, la notion même de la transmission du droit réel. Elle consisterait dans la transmission faite par une personne à une autre de la faculté d'exercer directement un droit quelconque de son patrimoine. L'espèce présente rentrerait en effet dans ce cadre. Il me suffira, pour écarter cette opinion, de faire remarquer qu'à tant élargir les idées, on les vaporise, et leurs caractères dominants, qui les définissaient, s'évanouissent. Telle qu'on nous la veut présenter, la notion de la constitution du droit réel s'applique à une transmission de droits quelconques.

Qu'y a-t-il donc précisément dans le *pignus nominis ?* Le constituant n'y cède point purement et simplement sa créance à son créancier, il ne la lui donne pas en paiement. Mais ne la lui cède-t-il pas éventuellement, en lui permettant de poursuivre directement son débiteur, faute de paiement à l'échéance ? Jusque-là, il est vrai, le créancier garanti ne peut que conserver et assurer par tels moyens que de droit l'efficacité de sa poursuite éventuelle. Dans ce but, il pourra notifier au débiteur la convention d'hypothèque, et, par cette dénonciation, le mettre en demeure de ne pouvoir se libérer, sauf mainlevée, qu'entre les mains du signifiant. « Ille cujus nomen pignori datum est... nondum certior a te de obligatione tua factus », loi 4 C. quæ res pignor. oblig. poss. VIII, 17 (1). Il y a là comme le pendant de la prise de possession de la chose hypothéquée, dans le

(1) Voyez Accarias, *Précis de Droit Romain*, t. II, p. 555, n. 1.

cas de l'hypothèque d'une chose corporelle, de la transformation de l'*hypotheca* en *pignus*.

Maintenant, la dette garantie étant échue et impayée, comment le créancier hypothécaire exercera-t-il son droit ? Il pourra ou vendre la créance ou en poursuivre le paiement, *vendere aut exigere*.

S'il poursuit (et, s'il vend, son acheteur poursuivra plus tard), il mettra en mouvement une action que les textes qualifient d'utile : «.... ordinarium visum est post nominis venditionem utiles emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones », l. 7 C. de hered. vel act. vend. IV. 39. Quelle est cette action ?

Pour certains auteurs, ce serait une action hypothécaire utile, par la raison qui leur semble péremptoire qu'un créancier hypothécaire ne peut avoir qu'une action hypothécaire. Mais ce point de vue est absolument inadmissible, une action réelle ne pouvant être donnée pour poursuivre un droit de créance. Cette action utile est une action personnelle, elle est celle-là même du constituant exercée *utilè* par le créancier hypothécaire ou le tiers acquéreur. Le formalisme romain a dû céder à la force des choses. Au fond de l'hypothèque d'une créance, j'ai dit qu'il y avait cession éventuelle de cette créance : le créancier garanti se comportera comme un cessionnaire. Le moyen imparfait de la *procuratio in rem suam* avait déjà dépouillé les rigueurs formalistes des premiers temps. Le *procurator in rem suam* était devenu un véritable acquéreur de la créance, considéré comme investi d'un droit propre et disposant de son chef d'actions utiles (1). Ces actions étaient celles mêmes

(1) Accarias, t. II, p. 555.

du cédant que le cessionnaire pouvait exercer *utilè*. Le créancier qui avait reçu un *pignus nominis* disposa de même *utilè* des actions du constituant.

L'hypothèque des créances se ramenant à une cession de créances, il en découle que celles-ci seules, qui sont cessibles, sont susceptibles d'hypothèque. Nous retrouvons l'équation entre le domaine de la vente et celui de l'hypothèque. Or, on sait que certaines créances ne peuvent être cédées. La plus considérable et la plus connue des exceptions au droit commun de la cessibilité des droits du patrimoine est celle qui résulte d'une constitution d'Anastase, l. 22 C. mandati IV, 35. Ce prince décida que le cessionnaire à titre onéreux d'un droit litigieux n'aurait d'action contre le cédé que jusqu'à concurrence de ses déboursés et intérêts. Le créancier qui a reçu en gage une créance litigieuse et qui en poursuit le débiteur se verra-t-il opposer l'exception établie par l'empereur ? Celui-ci n'avait voulu que décourager et écarter les spéculateurs. Or, si le créancier hypothécaire poursuivant se présente en la forme comme un cessionnaire, il n'a pas eu l'intention d'acquérir la créance, il n'a pas spéculé. Aussi est-il permis de douter que la prohibition qui s'adressait à la cession concernât également l'hypothèque, d'autant mieux que le texte même de la constitution d'Anastase paraît décider que, si le débiteur cédé est poursuivi par un tiers qui a acheté au créancier hypothécaire la créance à lui donnée en garantie, il ne pourra lui opposer ladite exception : « exceptis scilicet cessionibus (1) quas creditor

(2) A première lecture, le texte paraît viser le *pignus nominis* lui-même. Mais, d'après l'économie générale de la constitution, il faut entendre le mot *cessionibus* comme désignant une cession de créance proprement dite, une vente de créance, celle faite par le créancier nanti de la créance reçue en gage.

vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit. »

Muni de son action utile, le créancier garanti poursuivra le débiteur cédé, s'il n'est point payé à l'échéance. Peut-être celui-ci sera-t-il insolvable. En ce cas, il n'a aucun recours contre le constituant, à moins de pacte spécialement adjoint. De droit commun, le cédant ne garantit pas la solvabilité du cédé ; mais il garantit, sauf convention contraire, l'existence de la créance. Si donc la créance n'existe pas ou si elle a été déjà cédée ou hypothéquée, il pourra se retourner contre le constituant par l'action *pignoratitia contraria*, laquelle, dit M. Jourdan (1), ne suppose pas nécessairement la remise d'un objet matériel.

La créance existant et le débiteur étant solvable, l'objet dû peut être un corps certain ou une somme d'argent. Dans ce dernier cas, le créancier ne pourra exiger paiement que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. Ses prétentions ne sauraient dépasser l'étendue de son droit. Si le débiteur payait au-delà, il serait responsable envers le constituant, qui n'a cédé sa créance que dans la mesure de sa dette envers le créancier hypothécaire. Celui-ci serait également exposé à une action en répétition du même constituant. Au cas où la créance hypothéquée a pour objet un corps certain, le débiteur le livrera en entier et le créancier acquerra désormais sur cet objet un droit de gage et d'hypothèque. Telles sont les solutions contenues dans la loi 13, § 2, de pignor. XX. 1 : « Si quidem pecuniam debet is cujus nomen pignori datum est, exacta ea cre-

(1) *Etudes de droit romain*, p. 284.

ditorem secum pensaturum : si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. »

Certains interprètes cependant ne donnent pas aux mots « *pignoris loco* » la signification que je leur ai prêtée et n'y voient que l'attribution d'un droit de rétention au profit du créancier. Ce résultat serait manifestement contraire à l'intention des parties, qui est souveraine dans l'interprétation des pactes. L'hypothèque constituée sur une créance de corps certain implique naturellement l'affectation hypothécaire de la chose, dès qu'elle sera payée. Autrement on enlève toute sûreté au créancier hypothécaire, si le débiteur, au mépris de la dénonciation qu'il a reçue, livre la chose au constituant. Au surplus, si l'on n'accorde au créancier garanti qu'un droit de rétention, il vendra la créance au lieu de poursuivre et sera sûr ainsi de se payer de ses propres mains. Toutefois, même dans mon opinion, si le débiteur remettait la chose à un acheteur de la créance, même postérieur à la constitution d'hypothèque, le créancier hypothécaire n'aurait sur la chose aucun droit de suite, car elle serait devenue directement la propriété de l'acheteur.

Par là même que le *pignus nominis* enferme une cession éventuelle de la créance, qui engage le cédé vis-à-vis du cessionnaire, celui-là ne pourra opposer à son action le *beneficium excussionnis*. Ce point est universellement admis. Mais il pourra faire valoir toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au constituant.

Si, au lieu de poursuivre, le créancier hypothécaire aime mieux vendre la créance, il est entendu qu'il aura le droit de la vendre tout entière. Le mécanisme de

l'hypothèque fonctionne en sa pureté dans ce mode de réalisation. Les principes particuliers à la cession n'ont pas à intervenir.

Les règles organiques de l'hypothèque sont d'ailleurs loin d'être entièrement écartées dans le *pignus nominis* En voici deux preuves.

Tandis que la cession d'une créance a pour résultat de dessaisir le cédant, plusieurs hypothèques peuvent être successivement constituées sur une même créance. Comment alors se règlera le concours entre les divers créanciers ?

Il faut distinguer suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu *denuntiatio* faite par les créanciers hypothécaires au débiteur de la créance. Aucun d'eux ne l'ayant faite, celui-ci paiera valablement au premier qui se présentera. Et alors, si l'objet dû était un corps certain, les divers créanciers hypothécaires acquerront chacun une hypothèque sur cet objet. Comme je l'ai déjà remarqué, le pacte d'hypothèque doit largement s'interpréter d'après l'intention des parties ; et il n'est pas douteux qu'à ce point de vue l'hypothèque sur la créance n'entraîne l'hypothèque sur l'objet dû. Ces divers créanciers prendront rang selon la date respective de la naissance de leurs droits. Que si la chose due était une somme d'argent et que le créancier poursuivant l'eût consommée de bonne foi, les autres verraient leur droit s'évanouir.

La *denuntiatio* a été faite. Celui qui aura pris cette mesure primera ceux qui ne s'y seront point conformés. Mais la *denuntiatio* saisit-elle celui qui la fait de la créance hypothéquée, de telle sorte qu'une *denuntiatio* ultérieure faite par les autres créanciers serait tardive,

quelle que fût la date respective des titres des divers créanciers? Je ne le crois pas, en admettant même (ce qui est controversé) qu'en matière de cession pure et simple, la *denuntiatio* saisisse le premier dénonçant. Si les règles de la cession ont été introduites dans l'organisation du *pignus nominis*, c'est à titre de moyen pour réaliser la conception de l'hypothèque des créances. Mais elles n'ont point chassé les règles essentielles du droit d'hypothèque et notamment la règle « *prior tempore potior jure* ». Je crois que les créanciers qui auront dénoncé leurs droits au débiteur viendront au rang déterminé par la date respective des constitutions de ces droits. Autrement on introduit dans le système du *pignus nominis* une sorte de publicité de l'hypothèque, que le droit romain a formellement méconnue. Au surplus qu'on se rappelle la fin pour laquelle fut établie la *denuntiatio*. Elle fut créée pour prémunir le *procurator in rem suam* contre l'exercice de l'action par le cédant. En matière de *pignus nominis*, la *denuntiatio* tend à protéger le créancier hypothécaire contre l'exercice que le constituant voudrait faire du droit qu'il a hypothéqué; mais elle n'a pas d'effet entre les cocréanciers hypothécaires.

HYPOTHÈQUE DE L'HYPOTHÈQUE, « PIGNUS PIGNORI DATUM ».

Le droit d'hypothèque, qui peut se greffer sur un droit quelconque du patrimoine, pourra se superposer à lui-même. C'est ce que les textes nous confirment en nous présentant le *pignus pignori datum* ou *subpignus*. Essayons d'exposer avec clarté les conditions de ce moyen de crédit.

D'après l'analyse abstraite de sa dénomination, le *pignus pignori datum* évoque l'idée d'un droit d'hypothèque embrassant, selon sa nature, les éléments de patrimoine contenus dans un droit d'hypothèque donné. Mais réfléchissons que l'hypothèque est un droit accessoire, qui ne peut pas se suffire à lui-même, qui ne peut exister que rattaché à une obligation. Il y a nécessairement plus et autre chose dans l'objet du *subpignus* qu'il me faut découvrir.

Imaginez cette situation très simple. Primus doit une somme A à Secundus et lui a remis pour sûreté un gage G. Secundus doit de son côté une somme B à Tertius. Tertius voulant être garanti, Secundus lui remet l'objet G à titre de gage. Et je ne construis pas l'espèce à plaisir : voyez la loi 14 § 3 de div. temp. præsc.

XLIV, 3 : « et si mihi pignori dederis, et ego eamdem rem alii pigneravi. » Or la garantie que reçoit ainsi Tertius ne va guère fortifier ses droits. Car si Primus, s'étant acquitté envers Secundus, revendique l'objet G, quelle défense Tertius lui pourra-t il opposer, alors qu'entre lui et Primus aucun contrat n'est intervenu ? Secundus a bien cédé à Tertius toutes les facultés que comportait son droit de gage, soit un droit de rétention, un droit de vente des actions possessoires, dans les conditions où il les avait lui-même. Si Primus vient réclamer le gage à Tertius, avant de s'être acquitté envers Secundus, Tertius pourra se refuser à la restitution, comme possédant pour le compte de Secundus. Ajoutez que si Secundus est honnête, lorsque Primus voudra le payer, il le renverra à Tertius, en lui disant de verser entre ses mains, pour reprendre le gage qu'il lui a cédé. Mais si Secundus reçoit le paiement de Primus, tous les droits que Tertius avait acquis sur l'objet G s'évanouissent. Il faut donc absolument pour garantir celui-ci, que Primus ne puisse pas se libérer entre les mains de Secundus. Dans ce dessein, on décida que Tertius, en faisant à Primus la dénonciation du contrat intervenu entre lui et Secundus, le mettrait en demeure d'avoir à payer à lui, Tertius, pour pouvoir retirer son gage.

Qu'on n'objecte pas que Secundus, en livrant le gage à Tertius avant l'échéance de sa créance contre Primus, a excédé ses droits qui n'allaient qu'au pouvoir de vendre l'objet à l'échéance. La chose engagée n'a fait que changer de mains et demeure, au regard de son propriétaire, dans la même condition juridique où il s'en était dessaisi. Celui-ci devra simplement s'acquitter entre

d'autres mains et réclamer la restitution de son gage à un autre détenteur. Il va de soi que Tertius ne saurait vouloir réaliser le gage qu'il a reçu avant l'échéance de la dette de Primus envers Secundus, si sa créance venait à échéance antérieurement.

Au lieu d'un droit de gage sur l'objet G, supposons un droit d'hypothèque au profit de Secundus. Dans l'espèce ci-dessus, nous avons vu celui-ci transmettre à Tertius les droits que comportait son gage. Pourquoi ne pas admettre Secundus, pour garantir sa dette envers Tertius, à lui céder de même, à titre de sûreté, les droits compris dans l'hypothèque qu'il tient de Primus? Le droit romain qui, dans le progrès de son évolution, passa du *pignus* à l'*hypotheca*, devait particulièrement passer du cas particulier du *pignus pignoris* à l'*hypotheca hypothecæ*. Et ces deux conventions finissent par être comprises sous la dénomination commune de *pignus pignoris*. Alors Tertius, au lieu d'un droit de *retentio* sur l'objet G, aura un droit de *persecutio* sur cet objet, celui qu'avait Secundus, et qu'il exercera dans les mêmes conditions, tant au point de vue de l'échéance, qu'au point de vue de la quotité de la dette. Nous en avons pour preuve la loi 40 § 2 de pign. act. XIII, 7: « soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet; nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. » Le texte ne dit pas à qui il faut payer: *domino solvente pecuniam quam debuit*; mais j'ai démontré que la garantie n'était efficace que si le paiement devait être fait au

second créancier, qui s'assurait ce bénéfice par la *denuntiatio* au débiteur de l'hypothèque à lui consentie.

Le jeu de l'opération juridique désignée sous le nom de *pignus pignoris* étant ainsi mis à nu, nous pouvons voir quel est exactement l'objet sur lequel porte le droit du concessionnaire. Les uns ont dit : c'est le droit d'hypothèque lui-même ; d'autres : c'est la chose hypothéquée qui est elle-même hypothéquée à nouveau ; d'autres enfin : c'est la créance garantie par l'hypothèque. Qui a raison ? Nous avons vu qu'au fond des choses le constituant cède *pignoris loco* ses droits de créancier hypothécaire. Ce ne peut être son droit d'hypothèque seul qu'il a cédé : j'ai expliqué que l'hypothèque ne peut exister ni se mouvoir sans le support indispensable de la créance qu'elle garantit. Quant à dire que le constituant hypothèque à son tour la chose qui lui a été hypothéquée, si l'on y regarde de près, cette opinion se ramène à la précédente, la constitution d'hypothèque que veut faire le constituant se traduisant nécessairement par la cession de son propre droit. La vérité juridique est donc de considérer le *pignus pignoris* comme une variété de *pignus nominis*. Mêmes résultats au profit du concessionnaire, confirmées d'ailleurs par les deux textes suivants : « Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est », dit la loi 13 § 2 de pignor. XX, 1. Dans la mesure de la créance du premier créancier, le second créancier aura, s'il est nanti du gage, le droit de *retentio* et une action personnelle utile pour en obtenir la possession. Plus loin, le jurisconsulte dit, d'une manière très précise, que le

concessionnaire à une hypothèque sur l'objet de la créance du concédant, lorsque celui-ci est un corps certain, tout comme nous avons vu qu'il en était ainsi en matière de *pignus nominis :* « si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem », loc. citat.

HYPOTHÈQUE GÉNÉRALE DE TOUS LES BIENS

La constitution d'hypothèque peut comprendre l'ensemble de tous les biens particuliers que nous venons de passer en revue, porter sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Le domaine naturel de l'hypothèque générale est l'hypothèque légale. Lorsque le législateur veut, par une faveur spéciale, munir d'un privilége ou d'une hypothèque certaine créance, si aucune circonstance ne désigne spécialement un bien qui la supporte, il sera naturel de l'appuyer sur tout le patrimoine du débiteur. C'est ainsi que le fisc jouit d'une hypothèque légale sur tous les biens de certains de ses créanciers; les impubères, mineurs, aliénés, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs; les enfants sur les biens du père ou de la mère ; la femme mariée, à raison de sa dot, de ses paraphernaux et de la donation *propter nuptias ;* le mari, sur les biens de celui qui a constitué la dot pour en assurer le paiement.

Mais l'hypothèque générale était également entrée dans la convention et la clause en était devenue à peu près courante, au dire de la loi 15, § 1, de pignor. XX, 1. Elle pouvait d'ailleurs revêtir les formes les plus diverses : *fidei et periculo rerum ad me perti-*

nentium ; ou bien : *per rerum exactionem satisfieri tibi promitto ;* ou tout simplement : *res meas suppono.* Ces formules étaient présumées désigner les biens à venir aussi bien que les présents. Justinien convertit la pratique en décision législative par la loi 9, C. quæ res pign., VIII, 17.

Cette hypothèque générale n'est pas, à proprement parler, une hypothèque du patrimoine du débiteur. Elle n'a pas pour objet ce patrimoine tel qu'il se comporterait au moment où le créancier exercera son droit. Celui-ci n'a pas autorisé des aliénations que compenseraient des acquisitions en retour, comme au cas de l'hypothèque d'une *taberna* (1). Nous sommes plutôt en présence d'une collection d'hypothèques spéciales portant respectivement sur chacun des biens qui, faisant partie ou ayant fait partie pour un temps du patrimoine du débiteur, peuvent faire l'objet d'une hypothèque : immeubles, meubles, droits réels, créances, jusqu'à l'esclave même qui, par ordre du maître, a consenti l'hypothèque : « si sciente et consentiente domino, servus ut omnia bona domini pignori obligata essent convenit, ipsum quoque qui cavit, obligatum esse pignoris jure (l. 29, § 3, de pign. XX, 1) nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse » (loi 4 C., quæ res pign., VIII, 17).

(1) Par ce côté, l'absence de droit de suite, l'hypothèque du patrimoine se rapprocherait du privilège, simple droit de préférence qui tient à la qualité du créancier ou à la cause de la créance. Là s'arrête d'ailleurs l'analogie. A la différence de ladite hypothèque, le privilège ne comporte pas le *jus distrahendi* et ne s'exerce qu'après la vente en masse des biens du débiteur et au moment où il s'agit d'en distribuer le prix , de plus, il est primé par toute hypothèque, même postérieure en date ; enfin, entre les divers privilèges, les rangs s'établissent sans égard à l'ancienneté, d'après la qualité des personnes ou des créances.

Partant, si le débiteur fait sortir un de ses biens de son patrimoine, celui ci emporte avec soi la charge de l'hypothèque, *cum suo onere transit*. Toutefois le créancier a pu consentir au débiteur l'aliénation franche de telle chose déterminée. Et alors si cette chose venait à rentrer aux mains de son ancien propriétaire, elle y reviendrait sans tomber sous le coup de l'hypothèque générale qui frappe tout le patrimoine : « quibusdam dicentibus jus pignoris renovari propter verbum futurarum rerum..... aliis penitus extingui..... nobis visum est, eum qui semel consensit alienationi et hoc modo suum jus respuit, indignum esse eamdem utpote ab initio ei suppositam vindicare », l. 11 C. de remiss. pig., VIII, 26. J'ajoute que la jurisprudence, devant la fréquence de la clause d'hypothèque générale, considéra certaines choses comme en ayant été tacitement exceptées par le concédant : « obligatione generali rerum quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse : ut puta supellex ; item vestis relinquenda est debitori ; et ex mancipiis, quæ in eo usu habebit ut certum sit eum pignori daturum non fuisse », (l. 6 de pign. XX, 1). Décision inspirée des mêmes idées qui ont fait établir par l'article 592 C. p. c. certaines exceptions à la règle de l'article 2092 C. c.

Sous ces réserves, le créancier à hypothèque générale pourra se venger sur tel bien qu'il lui plaira de choisir, sans qu'un créancier à hypothèque spéciale lui puisse opposer une sorte d'exception de discussion, le renvoyer sur les autres biens qui suffiraient à le désintéresser : « qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo

potior est, cui postea prædium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit », (l. 2 qui potior, XX, 4.) Pour qu'un des biens du débiteur pût échapper à la poursuite première du créancier, il faudrait que celui-là eût formellement stipulé son exclusion de l'hypothèque générale qu'il a consentie ; et, en ce cas, s'il a hypothéqué spécialement à un second créancier ledit bien, ce dernier sera considéré comme seul créancier hypothécaire sur ce bien, au cas où le reste du patrimoine suffirait à désintéresser le créancier muni d'une hypothèque générale : « quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cætera bona pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit, servari non potuisset : deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur », eod. loc. cit. Cependant, il semble bien difficile d'admettre que le créancier nanti d'une hypothèque générale pût, par des dénonciations, saisir-arrêter dans les mains de tous les débiteurs les sommes ou objets dûs. C'eût été paralyser la gestion d'un patrimoine (1).

La théorie de l'hypothèque générale de tous les biens soulève une question qui est, sans contredit, la plus délicate de la matière. Il entre dans le cadre de ce travail de l'exposer et de la discuter, parce qu'elle est comme un élément nécessaire à la pleine intelligence de la notion de l'hypothèque des biens à venir. Je veux dire la question du concours de deux créanciers, ayant reçu du même débiteur, à des dates différentes, une hypothèque sur ses biens présents et à venir. Si, posté-

(1) Jourdan, *L'hypothèque*, page 307.

rieurement à la constitution de ces deux hypothèques, le débiteur acquiert de nouveaux biens, la double hypothèque les frappera-t-elle à la même date, celle de leur acquisition, de telle sorte que les deux créanciers seraient au même rang; ou bien chacune desdites hypothèques prendra-t-elle date suivant les époques respectives de leur constitution, conformément à la règle « *prior tempore, potior jure?* » Le même conflit peut d'ailleurs se rencontrer entre un créancier à hypothèque générale et un créancier qui, postérieurement à ce dernier, aurait reçu du débiteur une hypothèque spéciale sur tel ou tel bien, au cas où il l'acquerrait dans la suite.

Cette controverse divise les romanistes depuis des siècles. J'estime, pour mon compte, qu'elle doit se résoudre par application de la règle organique du système hypothécaire romain : le premier en date est le premier en droit. Pour y déroger, il faudrait qu'on nous opposât des raisonnements péremptoires ou des textes concluants.

Or l'hypothèque, une fois établie, ne saurait, me semble-t-il, être compromise par un fait ultérieur du constituant. « Si j'ai pu grever valablement mon patrimoine futur au profit d'un premier créancier, dit excellemment M. Machelard (1), il ne doit plus m'être permis désormais d'affecter le même gage à un autre, si ce n'est sous la charge dont il est déjà frappé. Sans cela, il dépendra du débiteur de diminuer autant qu'il le voudra, par de nouveaux engagements, la sûreté qu'il a constituée. » M. Jourdan (2) objecte que je ne puis pas

(1) *Texte de Dr. rom.*, 1856, p. 137.
(2) Loc. cit., p. 308.

constituer un droit réel sur une chose qui ne m'appartient pas, qui est complètement indéterminée. Que veut dire le savant auteur ? Ses adversaires ne prétendent pas que l'hypothèque établie sur un bien à venir donne dès maintenant un droit portant sur un objet défini. Ils produisent seulement cette affirmation indéniable qu'en l'espèce, le droit d'hypothèque a été constitué sans doute *in abstracto*, en l'air, si je puis dire, mais déjà revêtu d'un caractère fixe, constant, à savoir la qualité qu'il tire de la date de sa naissance. Dès que l'objet, qui est, pour ainsi parler, sous la menace de l'hypothèque, entrera dans le patrimoine du débiteur, il en sera enveloppé suivant les conditions natives de sa constitution. Et il me semble inutile d'en dire plus long, en ce qui concerne les principes, notamment de faire intervenir la rétroactivité de la condition, en considérant l'hypothèque d'une chose à acquérir comme conditionnelle. Cette intervention ne me paraît pas conforme, si j'ose dire, à une exacte psychologie juridique, et je suis tout disposé, à l'exemple de M. Jourdan, à voir dans l'espèce présente une nécessité juridique, *conditio juris*, plutôt que la situation exacte qui définit la condition, *vim conditionis*.

Consultons à présent les textes. Si quelques-uns semblent réfractaires à notre thèse, il faudra les soumettre à une interprétation réfléchie et ne les admettre contre nous que s'ils ne peuvent aucunement recevoir une signification conforme. Cette méthode tire sa force et comme ses droits de ce que je viens de dire en exposant combien les principes s'accordaient avec notre solution.

Le texte principal que nous revendiquons à notre

appui est la loi 21 pr. qui potiores XX. 4 : « Titius Seiæ ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quæ habebat quæque habiturus esset : postea, mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit et intulit Seiæ partem debiti et reliquam summam novatione factà eidem promisit, in quà obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quæsitum est, an Seia præferenda sit fisco et illis rebus quæ Titius, tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit : nihil proponi cur non sit præferenda. » Titius, condamné envers Seia à une certaine somme, par suite d'une gestion de tutelle, hypothèque au profit de celle-ci tous ses biens présents et à venir. Plus tard il emprunte de l'argent au fisc auquel il hypothèque tous ses biens. Puis il paie à Seia une partie de sa dette et, à l'égard du reliquat, il fait avec elle une novation, mais où il lui conserve la même garantie d'hypothèque générale. Seia doit-elle être préférée au fisc non seulement sur les biens que Titius possédait lors de sa première obligation, mais encore sur ceux qu'il a acquis postérieurement, et cela jusqu'à ce qu'elle soit complètement désintéressée ? Le jurisconsulte répond que Seia doit être préférée. - Je note particulièrement que la novation consentie par Seia postérieurement au prêt fait par le fisc réserve formellement pour la seconde obligation les hypothèques attachées à la première, avec leurs dates.

Ne résulte-t-il pas de cette loi que les deux créanciers à hypothèque générale, Seia et le fisc, ne concourront pas sur les biens ultérieurement acquis, mais viendront

au rang déterminé par les dates des conventions d'hypothèque ?

Mais on nous objecte que le fisc n'a reçu, dans l'espèce, qu'une hypothèque sur les biens présents de Titius, ceux qu'il avait au jour de l'emprunt, *res suas omnes ;* que Seia seule a été garantie sur les biens à venir. Le texte que nous invoquons serait ainsi étranger au débat. Je ne crois pas que son économie générale autorise cette interprétation de l'opinion adverse. Il faut alors renfermer l'acquisition des choses *quas Titius post priorem obligationem adquisiit* dans l'intervalle qui sépare l'obligation contractée avec Seia et l'emprunt fait au fisc. De quel droit ? De quel droit même ne rapporter les mots « *res suas omnes* » qu'aux seuls biens présents, lorsque surtout, comme je l'ai dit plus haut, la pratique, avant la constitution de Justinien qui la fixa, était très large à interpréter, dans le sens d'une hypothèque de tous biens présents et à venir, les formules diverses par lesquelles les parties se consentaient une hypothèque générale ?

J'appuierai encore ma thèse de la décision de la loi 3 § 1 qui potiores XX, 4, qui a trait à l'hypothèque d'une chose à venir déjà due au constituant : « Cum ex causa mandati prœdium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit : prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset ; verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret : nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem prœferendum ». Un mandataire de Titius a acheté pour lui un fonds. Avant que

ce mandataire ne lui en ait fait tradition, Titius l'a hypothéqué. Après tradition, il hypothèque le fonds à un second créancier. L'hypothèque du premier créancier primera celle du second. Toutefois si celui-ci avait payé le prix du fonds au mandataire, il serait préféré dans la mesure de la somme payée, à moins que le premier créancier ne lui offrît de le rembourser. Que si le débiteur a payé son mandataire avec d'autres deniers, c'est le premier créancier qui sera préféré.

Le créancier premier en date est formellement déclaré devoir être premier en rang hypothécaire.

Mais on objecte que la priorité en rang du premier créancier est due, dans l'espèce, à une autre cause que l'époque antérieure de la naissance de son droit : elle proviendrait de ce que le fonds a été livré à Titius par son mandataire alors que l'hypothèque du second créancier ne lui avait pas encore été consentie. — La partie finale du texte permet d'écarter cette objection, en nous donnant à entendre que le prix n'avait pas été payé au mandataire *tradens*, et, partant, que la tradition n'avait pas transféré à Titius la propriété du fonds. M. Jourdan (1) réplique que le mandataire n'a pas livré le fonds comme vendeur, mais pour accomplir son obligation *ex mandato*, par suite que sa tradition a dûment transféré la propriété. Je crois qu'à y regarder de très près, sa réplique ne porte point. Est-ce bien l'obligation *ex mandato* qui est la cause directe de la tradition effectuée par le mandataire ? Est-ce que la reddition des comptes d'un mandataire chargé d'acheter ne s'analyse pas exactement en ceci : que le mandataire revend

(1) Loc. citat, page 366.

proprio sensu au mandant le fonds acheté par lui, sur le mandat qu'il avait accepté. Sans doute la tradition par laquelle il exécutera cette revente aura pour *causa remota* une obligation *ex mandato*, mais elle aura pour *causa proxima* un prix à toucher, qui fera rentrer le mandataire dans ses déboursés.

Je me prévaudrai, en troisième lieu, de la loi 9, § 3 qui potior XX, 4 : « Titia prædium alienum Titio pignori dedit, post Mævio. Deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emptoris loco est, atque ideo, quia neque tum quum Mævio obligaretur, neque quum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri quo pignus Mœvii convalescere possit. Hæc tamen ita si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit, hoc est si ignoravit Mævio obligatum esse. » Titia constitue une hypothèque sur la chose d'autrui au profit de Titius, puis de Mœvius. Elle acquiert la chose et la donne en dot vec estimation à son mari. Titius est payé. L'hypothèque de Mœvius ne va pas pour cela prendre corps et lui donner action. Il en serait ainsi si la chose hypothéquée était restée aux mains du constituant. Mais, dans l'espèce, elle a été vendue au mari ; le droit de Mœvius n'a donc jamais pu se fixer. Cela n'est vrai, toutefois, que si le mari a ignoré l'hypothèque consentie à Mœvius.

Le jurisconsulte distingue nettement, dans cette espèce, un premier créancier hypothécaire, Titius, un second créancier, Mœvius. Si les créanciers antérieurs

devaient concourir sur les biens futurs, cette distinction n'aurait pas de raison d'être. L'inférence me paraît inattaquable et la solution que je demande au texte, certaine. Elle y est sans doute mêlée à d'autres idées. Mais je vais les dégager, afin qu'on l'en sépare et qu'elle prenne tout son relief.

Lorsqu'un créancier a reçu une hypothèque d'un *non dominus*, l'acquisition ultérieure de la chose par le constituant fait naître à son profit une action utile, s'il est de bonne foi. (L. 5 C., si aliena res, VIII, 16). Or, le précédent texte suppose deux créanciers à qui un *non dominus* a constitué hypothèque à des dates différentes. En même temps qu'il donne le premier rang au premier en date, il ne fait naître l'action utile au profit du créancier postérieur qu'après que le créancier antérieur aura été désintéressé. Dès lors, si à ce moment la chose n'est plus entre les mains du constituant, le second créancier n'aura aucun droit sur cette chose. En effet, l'action ne peut lui être donnée, l'espèce de droit *ex æquo* créé par le préteur ne peut naître, ou tout au moins passer à l'acte, faute de cette condition primordiale que la chose, objet du droit, appartienne au constituant.

Aux trois textes dont j'appuie ma thèse, on oppose la loi 7 § 1, qui potiores, XX, 4 : « Si tibi, quæ habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe quum res ex nummis pignoratis empta non sit pignorata ob hoc solum quod pecunia pignorata erat. » Après vous avoir consenti

une hypothèque sur tous mes biens présents et à venir, je donne à Titius une hypothèque spéciale sur le fonds A pour le cas où je l'acquerrais, et en effet je l'achète. Le jurisconsulte estime que Titius et vous, viendrez en concours sur ce bien. Peu importe que j'aie acheté ce fonds de mes deniers : de ce que le bien a été acheté avec des écus à vous hypothéqués, il ne s'ensuit pas que votre hypothèque, qui portait sur ces écus, se reporte, avec ses caractères, sur la chose qu'ils ont servi à acheter.

Deux créanciers ayant reçu hypothèque sur un même bien à venir, à deux dates différentes, viennent néanmoins en concours sur ce bien : voilà, dit-on, la règle générale, et l'argument semble concluant.

Je répondrai que ce texte ne prévoit point la question qui nous divise. L'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale qui sont en conflit ont dû être consenties à la même date. Je remarque l'absence du mot *postea* ou d'un synonime, indiquant la postériorité de la seconde hypothèque, comme nous l'avons vu dans la loi précitée. J'ajoute que si le créancier à hypothèque générale eût précédé en date le créancier à hypothèque spéciale, il n'eût pas manqué d'en prétendre avantage. Il prétend seulement que la chose acquise pourrait bien être subrogée aux écus qui l'ont payée et partant le garantir exclusivement au créancier spécial qui n'avait pas hypothèque sur les écus.

HYPOTHÈQUE PORTANT SUR LES ACCESSOIRES DE LA CHOSE

Les choses ne conservent pas une valeur invariable, elles reçoivent des accroissements soit économiques, soit juridiques, soit naturels. Je dois considérer ceux-ci dans leurs rapports avec l'hypothèque portant sur la chose principale.

L'augmentation de valeur que la chose peut devoir aux fluctuations du marché profite naturellement au créancier hypothécaire. J'en dirai autant des améliorations que lui apporte une administration plus heureuse du propriétaire, comme des plantations faites sur un fonds. (Loi 16 § 2 de pign., XX, 1).

Quid de l'extinction des servitudes passives ou de l'acquisition de servitudes actives? La loi 18 § 1 de pign. act. XIII, 7, décide, à l'égard de l'usufruit, que, celui-ci venant à se réunir à la nue propriété, il grossit la garantie du créancier qui avait hypothèque sur cette nue propriété Toutefois, si les améliorations de cette espèce avaient été obtenues à prix d'argent par un tiers acquéreur de bonne foi, ce dernier serait fondé à opposer à l'action hypothécaire du créancier une exception de dol tendant à se faire indemniser *quatenus pretiosior res facta est* (L. 29 § 2 de pign. XX, 1).

Une incorporation matérielle intime soumet la chose incorporée à l'hypothèque portant sur la chose principale : ainsi l'alluvion qui s'ajoute à un fonds hypothéqué, le sol sur lequel est bâtie une maison grevée d'hypothèque (L. 16 pr. de pign. XX, 1 ; l. 29 § 2 de pign. XX, 1).

Il y a des relations de choses créées par le propriétaire dans un but économique, comme celle du pécule et de l'esclave. Est-ce que l'hypothèque de la chose principale entraîne celle de la chose accessoire ? La question, dans cet ordre d'idées, se résout par l'interprétation naturelle de l'intention des parties, lorsque la convention est muette. La loi 1 § 1 de pign. XX, 1, décide que l'hypothèque de l'esclave n'entraîne pas l'hypothèque de son pécule.

Mais l'accroissement, dont l'étude, au point de vue qui nous occupe, est le plus intéressante, est celui des fruits, c'est-à-dire des produits périodiques de la chose hypothéquée.

En principe, les fruits de la chose hypothéquée doivent être considérés comme hypothéqués avec elle. A cet égard, les textes ne laissent aucun doute. Je n'en citerai qu'un seul en manière de preuve, le plus général, la loi 3 C. in quibus caus. pign. tacit., VIII, 15 : « Quamvis fructus pignori datorum prædiorum, et si id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, prædia tamen quæ emuntur ex fructuum pretio, ad eamdem causam venire, nulli prudentium placuit. » Mais je n'hésite pas à apporter à ce principe une importante restriction. Il est inadmisible que l'affectation des fruits par l'hypothèque constituée sur la chose comporte toutes les charges naturellement comprises dans le droit

d'hypothèque. J'admets que le débiteur était autorisé non seulement à les consommer directement, mais encore à les aliéner, dans la mesure de l'administration et de la jouissance. Autrement il se fût mis dans une situation intolérable, qui eût, au cas d'une hypothèque générale, absolument paralysé l'administration de tout le patrimoine. Je ne fais ainsi que consacrer l'intention certaine des parties, qui est souveraine dans l'interprétation des simples pactes.

Cette hypothèque des fruits, tacite ou expresse, est une hypothèque portant sur des choses futures. Car tant que les fruits ne sont pas séparés de la chose, soit un fonds qui les produit, ils en font comme partie, ils ne peuvent être l'objet distinct d'un droit quelconque. On peut seulement, en prévision du jour de leur individualisation, les considérer comme choses futures : « Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecæ dari possunt : ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum et ea quæ nascuntur sint hypothecæ obligata », dit la loi 15 pr. de pign . XX, 1).

Partant, l'hypothèque des fruits se comportera comme une hypothèque sur choses futures : elle ne passera à l'acte que si, au moment de la séparation des fruits, de leur individualisation, ceux-ci sont la propriété du constituant ou de ses héritiers : *si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit, vel heredem ejus*, dit la loi 29, § 1 de pign. XX, 1. Elle tombera au cas contraire : *ceterum si apud alium dominum pepererit, non erunt obligata*, continue la même loi. Ainsi en sera-t-il si le fonds a été aliéné ou se trouve entre les mains d'un possesseur de bonne foi : en ce cas, les fruits, en tant qu'objet distinct susceptible d'hypothèque,

n'ont jamais été la propriété du constituant, *numquam debitoris fuerunt.* (Loi 1, § 2 de pign. XX, 1). Que si le fonds a été donné à bail ou grevé d'usufruit, j'affranchirais encore de l'hypothèque les fruits perçus par le fermier ou l'usufruitier Sans doute on peut objecter que, ceux-ci ne gagnant les fruits que par la perception, ces fruits sont tombés sous la propriété du constituant dans l'intervalle de la séparation à la perception. Mais, outre la dureté d'une pareille solution, est-ce que le plus souvent la séparation et la perception ne se confondront pas dans une même et simple opération ? Si le fonds est entre les mains d'un possesseur de mauvaise foi, lequel ne fait jamais les fruits siens, l'hypothèque les frappera au moment de leur individualisation. Partant, si le créancier intente contre ce détenteur l'action servienne, la *condemnatio* devra comprendre les fruits qu'il a perçus. Cependant la loi 16 § 4 de pignor XX, 1 semble la restreindre aux fruits encore existants : « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam de fructibus condemnet : quid enim si minoris sit prœdium, quam debetur ? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent et res non sufficit. » Le texte ne distingue pas entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE « QUI S'OBLIGE OBLIGE LE SIEN »

ET DES

TEMPÉRAMENTS QU'ELLE PEUT RECEVOIR DE LA VOLONTÉ DE L'HOMME

CHAPITRE PREMIER.

Signification et portée exactes de la règle « Qui s'oblige oblige le sien ».

C'est une des principales régles de la théorie des obligations que le créancier, envers qui un débiteur est personnellement obligé, est investi d'un droit de gage portant sur tout le patrimoine de celui-ci. Le droit de saisie, la faculté d'exercer les droits et actions du débiteur et l'action paulienne en forment la sanction. Notre ancien Droit formulait ce principe dans la maxime « *Qui s'oblige oblige le sien* », et l'art. 2092 C. c. le consacre en ces termes : « Quiconque s'est obligé personnelle-

ment, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers.

Ce droit du créancier accompagne toute obligation *personnelle*. Peu importe d'ailleurs qu'elle grève le débiteur par un acte de sa volonté ou à son insu ou même contre son gré. L'art. 2092 C. c. protége tout aussi bien les droits d'un gérant d'affaires contre le maître, que ceux d'un bailleur contre son locataire. Si ce texte semble ne désigner littéralement que ceux qui se seraient obligés volontairement, le sens plus large que je lui attribue n'est pas douteux.

Le patrimoine du débiteur personnel est ainsi constitué la garantie du paiement de l'obligation, dans la mesure de celle-ci, telle qu'elle est déterminée par sa cause. Car, naturellement, la charge réelle ne saurait être onéreuse au delà de l'étendue de l'engagement personnel. Celui qui est personnellement obligé est bien tenu sur tout son patrimoine, mais seulement *quantum obligatur*.

Cette proposition si simple est souvent méconnue. On se laisse aller à confondre l'obligation personnelle avec l'obligation indéfinie. Voici cette confusion se glissant dans deux importantes théories, celles de l'obligation des légataires universels et à titre universel et des successeurs irréguliers aux dettes et charges de la succession qu'ils recueillent.

Selon la jurisprudence, suivie d'ailleurs par des auteurs considérables (1), les légataires universels ou à titre universel sont, toujours et sans distinction, tenus

(1) Voy. Demolombe, XV, p. 110 ; Aubry et Rau, VII, p. 496 ; Cass. 13 août 1851, D. 1851, 1. 281.

ultra vires des dettes et charges héréditaires, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire.

Je ne saurais mieux traduire son principal argument qu'en me référant à M. Demolombe, qui s'en est fait le défenseur. « Aux termes de l'art. 1009 C. c., dit-il, le léga-
« taire universel, en concours avec un héritier à réserve,
« est tenu des dettes et charges de la succession du *de*
« *cujus* personnellement pour sa part et portion, et hypo-
« thécairement pour le tout ; et l'art. 1012 C. c. dispose de
« même que le légataire à titre universel est tenu per-
« sonnellement pour sa part et portion Or, aux termes
« de l'art. 2092 C. c., quiconque s'est obligé personnel-
« lement est tenu de remplir son engagement sur tous
« ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.
« Donc, le légataire universel ou à titre universel est
« tenu des dettes et charges de la succession, pour le
« tout ou pour sa part et portion indéfiniment sur tous
« ses biens » Ces articles 1009 et 1012 sont d'autant plus décisifs qu'ils s'expriment à l'égard des légataires universels ou à titre universel dans les mêmes termes absolument que l'art. 873 C. c. emploie à l'égard des héritiers légitimes.

On ajoute que l'opinion contraire invoquerait vainement l'ancien droit coutumier dans lequel les légataires universels ou à titre universel n'étaient tenus qu'*intra vires* : car *ils n'y étaient point considérés comme des débiteurs personnels*. Ces expressions sont celles-là même de Pothier au chap. 5, art. 3 § 1, de son Traité des Successions. De sorte qu'en décrétant que les légataires universels ou à titre universel sont obligés personnellement, le Code contredit l'ancienne coutume et les oblige *ultra vires* aux dettes et charges de la succession.

Il aurait ainsi supprimé la distinction traditionnelle entre les successeurs aux biens et les successeurs à la personne. Il n'aurait entendu laisser subsister, si ce n'est quant à la saisine légale, aucune différence entre les diverses personnes qui succèdent à titre universel ou par le vœu de la loi ou par la volonté de l'homme. Au surplus, cette assimilation serait attestée par l'art. 1002 C. c., qui ne subordonne pas les effets des dispositions testamentaires, universelles ou à titre universel, à leur dénomination d'institution d'héritier ou de legs. Ne serait-elle pas encore plus conforme à la vérité du fait ? Car l'hérédité n'étant autre chose que l'universalité juridique des droits actifs et passifs du défunt, quiconque succède à cette universalité en tout ou en partie est en réalité un héritier dans le sens large et élevé du mot

Il ne tiendra d'ailleurs qu'aux légataires universels ou à titre universel de s'affranchir de l'obligation *ultra vires* aux dettes de la succession, en s'assurant le bénéfice d'inventaire par l'accomplissement des formalités indiquées aux articles 793 et suiv. du Code civil. Il est vrai que la loi ne leur concède nulle part la faculté d'accepter sous cette réserve, mais n'est-elle pas la conséquence naturelle et le correctif indispensable de l'obligation aux dettes *ultra vires ?* Une libéralité ne doit pas pouvoir être onéreuse à celui que le disposant a voulu gratifier. Et puis, qui peut contester que les articles du titre des Successions, qui règlent les relations des successeurs universels soit entre eux. soit à l'égard des créanciers, ne soient applicables aux légataires universels ?

Cette doctrine me paraît fausse, et j'estime que les légataires universels ou à titre universel ne sont jamais

que de simples successeurs aux biens et ne sauraient être tenus *ultra vires* que faute de pouvoir justifier de la consistance de leur émolument.

L'assimilation qu'on prétend faire entre le légataire universel ou à titre universel et l'héritier n'est-elle pas démentie plutôt que confirmée par l'art. 1002 C. c.? Ce n'est pas le légataire universel que ce texte assimile à l'ancien héritier institué, mais bien plutôt l'héritier institué qu'il assimile au légataire universel. La preuve en est que ce texte a été ajouté sur la demande du Tribunat, tout exprès pour affirmer « que tous les effets « attachés par les lois romaines au titre d'héritier testa- « mentaire sont désormais entièrement détruits. » Fenet Tome XII, p. 459.

D'ailleurs la continuation de la personne du défunt par son successeur, qui devient son représentant tenu de toutes les obligations qui le grevaient, loin d'être conforme à la vérité logique, me semble plutôt une idée artificielle, factice, créée par le législateur greffant une solidarité juridique sur la solidarité du sang. Elle ne doit pas être admise à l'égard d'un successeur universel en l'absence d'un texte qui la lui applique et établisse à sa charge cette espèce de métempsycose de la personnalité juridique.

Puis à quelles conditions et de quel droit accorde-t-on aux légataires universels ou à titre universel le bénéfice d'inventaire qui, dit-on, vient naturellement à leur aide? Si l'obligation *ultra vires* est conforme à l'essence de la succession à une universalité, au moins est-il besoin d'un texte formel pour établir un moyen d'y échapper.

Mais le fond même de l'argumentation qu'on nous oppose contient une erreur capitale dérivant de la mé

4

connaissance complète du vrai sens de la règle « Qui s'oblige oblige le sien ». Les articles 1009 et 1012 C. c. déclarent les légataires universels ou à titre universel tenus personnellement. Or, dit-on, l'obligation personnelle dont ceux-ci sont grevés existe avec toutes ses conséquences légales du moment où ils sont saisis des biens de la succession, soit par la saisine légale, soit par la délivrance du legs. L'article 2092 C. c. détermine ces conséquences légales : c'est l'affectation au paiement des dettes et charges de la succession de tous les biens mobiliers et immobiliers desdits légataires, c'est-à-dire l'obligation de payer toutes ces dettes et charges, à quelque chiffre qu'elles s'élèvent. — Le sophisme est flagrant. Les légataires universels ou à titre universel, étant personnellement obligés aux dettes et charges successorales, en sont bien tenus sur tous leurs biens présents et à venir, mais dans la mesure seulement de leur obligation personnelle. Cette mesure, on la proclame indéfinie, comme si l'art. 2092 la déclarait telle. On ne voit pas que les mots « *tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers* » n'ont d'autre signification que d'attribuer au droit de gage conféré aux créanciers par l'art. 2092 une assiette s'étendant sur tout le patrimoine du débiteur, qui est ainsi indéterminément engagé.

Il est vrai qu'on rapproche les art. 1009 et 1012 de l'art. 873 C. c. qui concerne les héritiers légitimes. On y relève une similitude de rédaction, les mots « *personnellement pour leur part et portion* » se retrouvant dans les trois articles. On en veut inférer que les obligations des deux espèces de successeurs ont la même étendue. Mais cette induction est absolument injustifiée.

Ce n'est pas, en effet, l'art. 873 qui établit à la charge des héritiers légitimes le principe de leur obligation *ultra vires* aux dettes héréditaires. Ce texte répond seulement, dans l'intention du législateur, à la question de savoir dans quelle mesure les créanciers héréditaires peuvent poursuivre chacun des héritiers. Il oppose l'action personnelle à l'action hypothécaire, tirant les conséquences du principe de la division des dettes et du caractère indivisible de l'hypothèque. Et les art. 1009 et 1012 tranchent à l'égard des légataires la même question. Il faut déduire l'étendue des obligations respectives de l'héritier légitime et des légataires universels ou à titre universel du principe même de ces obligations. Or ce principe n'est pas identique. L'héritier légitime, à raison des liens de famille qui le rattachent au défunt, est constitué continuateur de sa personne ; les obligations du *de cujus* passent en lui, il est tenu comme celui-ci l'était lui-même. Au contraire, le légataire qui recueille une universalité ou portion d'universalité est un simple successeur aux biens, selon la notion normale et naturelle de la succession. S'il est tenu des dettes et charges qu'elle comporte, c'est en vertu de la règle rationnelle « *bona non sunt nisi deducto œre alieno* ». Partant, il n'endossera les obligations de l'hérédité que dans la mesure même de son émolument. Le passif héréditaire le grève comme une charge de l'actif dont il profite et non point comme une charge lui provenant d'une succession à la personne même de l'obligé. L'arrêt de 1851, que j'ai cité, dit que l'obligation du légataire universel ou à titre universel ne se mesure pas à l'importance des biens que ce dernier a recueillis, mais à la portée de son titre même.

Mais la portée de son titre de successeur aux biens ne dépasse pas l'importance des biens recueillis, elle s'y mesure exactement. Dans ces limites, il sera bien personnellement obligé envers les créanciers héréditaires qui pourront poursuivre leur paiement sur ses propres biens, mais ne pourront réclamer de lui au-delà de la consistance de l'actif qu'il a recueilli, constatée d'ailleurs par un inventaire ou quelque acte équivalent.

Vainement se prévaudrait-on de la confusion qui, par la délivrance du legs, s'opère entre les biens de la succession et ceux des légataires universels ou à titre universel, confusion qui entraînerait, pour ces derniers, l'obligation de répondre indéfiniment des dettes héréditaires. Ce serait toujours la même équivoque dont on s'abuserait. La confusion impose bien au successeur l'obligation d'acquitter sur son propre patrimoine les charges dont l'objet transmis peut être grevé, mais elle ne l'y soumet que dans la mesure de la valeur des biens qui sont entrés dans ce patrimoine; à moins qu'il n'existe, en dehors de la confusion, une autre cause qui l'oblige à en répondre d'une manière indéfinie. J'ai montré qu'elle n'existe pas.

Certains auteurs adoptent une transaction entre les deux doctrines opposées que je viens d'exposer sur l'obligation des légataires universels ou à titre universel aux dettes et charges de la succession du testateur (1). Ils soumettent à l'obligation *ultra vires* le légataire universel non en concours avec des héritiers réservataires et qui jouit de la saisine légale, aux termes de l'art. 1006 C. civ. Il serait, selon eux, continuateur de

(1) Aubry et Rau, t. VII. p. 496.

la personne du défunt. Le Code civil, en accordant la saisine légale à certains légataires universels et en la refusant à d'autres, aurait adopté une transaction entre les principes du droit coutumier et ceux du droit écrit sur la nature du titre des légataires universels ou à titre universel : les légataires jouissant de la saisine continueraient seuls la personne du défunt.

Ce système établit à tort une relation de cause à effet entre la saisine et le principe de la succession à la personne. La délivrance une fois obtenue par les légataires qui n'ont point la saisine les plaçant au point de vue de l'exercice de leurs droits dans la même situation que ceux qui en jouissent, il n'y a aucune raison de leur imposer des obligations différentes aux charges héréditaires. Quant au compromis fait par le Code entre les deux doctrines anciennes, il s'est fait sur un autre terrain, il s'est uniquement inspiré de considérations de fait, des dangers qu'il y aurait eu à conférer la saisine légale à des successeurs dont le titre peut être contesté. Aucune transaction sur la nature des vocations des différents légataires n'est entrée dans la pensée du législateur.

L'étendue de l'obligation des successeurs irréguliers aux dettes et charges héréditaires fait l'objet d'une controverse semblable : les uns prolongent cette obligation *ultra vires hereditatis*, et les autres la limitent *intra vires*. Je retrouve dans l'opinion qui soutient l'obligation *ultra vires*, la même confusion entre l'obligation personnelle et l'obligation indéfinie (1).

(1) Demolombe, XIII, 160.

Son argumentation se résume dans les propositions suivantes : 1° toute personne a nécessairement un représentant dans celui qui est appelé à recueillir sa succession ; 2° d'après l'ensemble des dispositions du Code, tous ceux qui sont appelés à recueillir l'universalité ou une quote-part de l'universalité d'une succession, sont considérés comme étant *loco heredum*. En cette qualité, ils sont tenus de supporter une part proportionnelle des dettes, et cette obligation, étant personnelle, s'étend *ultra vires* ; 3° l'envoi en possession des successeurs irréguliers opère, en ce qui les concerne, une saisine de fait équivalente, à tous égards, à la saisine de droit des héritiers et qui efface toute différence entre eux et ces derniers.

J'ai respectivement réfuté par avance toutes les parties de ce raisonnement. J'ai établi que la continuation de la personne du défunt par son successeur est une idée toute de droit positif et étroit, qui ne saurait être appliquée dans le silence des textes. Or, dans l'espèce, elle semble au contraire formellement écartée par les termes mêmes de l'art. 723 C. c., qui décide qu'à défaut d'héritiers légitimes les biens *passent* aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'Etat. Cette expression ne détermine-t-elle pas la nature du titre des successeurs irréguliers, ne marque-t-elle pas qu'ils ne sont point des héritiers véritables, continuateurs de la personne du défunt ? Leur obligation aux dettes héréditaires se rattache au même principe que celle des légataires universels ou à titre universel : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. — J'ai nié toute relation de dépendance entre la saisine et l'obligation *ultra vires* et, par là même, écarté l'argument qui

prétend placer les successeurs irréguliers qui ont obtenu la saisine judiciaire dans la même condition, relativement à l'obligation aux dettes, que les héritiers légitimes investis immédiatement par la saisine légale. Celle-ci est la prise de possession d'autorité privée et l'exercice sans préalable des droits héréditaires Elle est accordée à certains successeurs à raison de la force de leur titre, qui n'a pas besoin de vérification. Elle n'a pas d'autre signification ni portée. — Enfin ç'a été le dessein direct de toute cette partie de mon travail de mettre en lumière que le caractère personnel d'une obligation ne préjuge nullement son étendue.

Bien plus je ne vois pas dans le Code une seule disposition dont on puisse induire que les successeurs irréguliers seront tenus du paiement des dettes de la succession *personnellement et sur leur propre patrimoine.* Dès lors je me pose cette question : Le successeur irrégulier ne peut-il assigner à la poursuite des créanciers héréditaires le gage exclusif des biens qu'il a recueillis, en justifiant de leur identité, et écarter cette poursuite de ses biens propres ? Il serait ainsi *ipso facto* dans la situation de l'héritier qui a rempli toutes les formalités qui assurent le bénéfice d'inventaire.

Voici quelles raisons se présentent à mon esprit en faveur de la solution affirmative. Je tire argument de la nature même du titre auquel le successeur irrégulier recueille les biens héréditaires. Ces biens lui *passent,* dit l'art. 723. Il subira sans doute les charges dont ils peuvent être grevés : *non sunt bona nisi deducto œre alieno.* Mais lui imposer l'obligation *personnelle* de les acquitter sur son propre patrimoine, n'est-ce point aggraver sa condition telle que les termes de la loi la

laissent apparaitre? Les art. 1009 et 1012 déclarent explicitement le légataire universel ou à titre universel *personnellement* obligé aux dettes et charges héréditaires. Mais aucun texte n'en dit autant du successeur irrégulier. Voudrait-on m'opposer une confusion de droit des objets transmis dans le patrimoine de ce successeur ? Je n'aperçois pas d'où on la ferait dériver, celui-ci n'étant pas à vrai dire un héritier. Une confusion de fait pourrait sans doute faire obstacle à sa prétention. Aussi ai-je pris soin de faire cette réserve : s'il peut justifier de l'identité des biens recueillis. Dès lors, ne serait-ce pas se conformer aux vrais principes d'interprétation, d'ainsi restreindre l'obligation aux dettes héréditaires qui grève les successeurs irréguliers et de ne point attribuer un caractère personnel à une obligation qui se présente bien plutôt comme étant de la catégorie des obligations *propter rem*, semblable, comme j'ai dit, à celle de l'héritier bénéficiaire, relativement aux mêmes charges ?

Le droit de gage établi par l'art. 2092 C. c., inhérent, dans les termes que je viens de fixer, aux obligations personnelles, c'est à dire créées en la personne de l'obligé directement et indépendamment de tel ou tel de ses biens, ne frappe aucunement celui qui est tenu d'une obligation *propter rem* Celle-ci n'est exécutoire que sur les biens qui portent, pour ainsi dire, sur eux, comme une charge particulière, tout le poids de l'obligation. Telle est celle du détenteur hypothécaire. Telle aussi qualifierai-je l'obligation aux dettes et charges héréditaires de l'héritier bénéficiaire.

Cependant des auteurs considérables la déclarent formellement personnelle. « Ce serait une erreur de croire,

« disent MM. Aubry et Rau (1), que l'héritier bénéfi-
« ciaire n'est pas débiteur personnel des dettes et charges
« de la succession : comme représentant du défunt, il
« est obligé personnellement envers eux ; il jouit seule-
« ment de l'avantage de n'être tenu que jusqu'à con-
« currence des biens de l'hérédité et de ne pouvoir être
« poursuivi sur ses biens personnels, à moins qu'il ne
« soit en demeure de présenter son compte d'adminis-
« tration ». J'oserai dire que ce passage de savants auteurs méconnaît absolument la vraie condition de l'héritier bénéficiaire, à moins qu'il ne détourne les mots de leur sens naturel. L'héritier bénéficiaire n'est pas le représentant du défunt : il succède seulement à ses biens. A ce titre, il est sans doute tenu des obligations dont le *de cujus* les avait grevés, il est exposé à la poursuite des créanciers et légataires, mais plutôt à la manière d'un administrateur que d'un héritier (Pothier, *Des Succes.*, ch. 3, sect. 3, art. 2, § 6) : il n'est pas débiteur *personnel.* Car enfin, le propre de l'obligation personnelle est d'affecter le patrimoine du débiteur. Or l'obligation dont s'agit est caractérisée précisément par la limitation de son gage à un ensemble de biens qui ne sont point dans le patrimoine de celui qui en est grevé. Celui-ci s'en peut décharger en abandonnant ces biens aux créanciers et légataires de la succession. Au surplus l'article 803 C. c. ne confirme-t-il pas formellement mon dire en déterminant les cas exceptionnels où l'héritier bénéficiaire peut être tenu et poursuivi sur ses biens personnels ?

Du caractère que je viens d'assigner à l'obligation de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 117. — Voyez aussi Laurent, t. X, p. 119.

l'héritier bénéficiaire découlent les conséquences suivantes : 1° L'héritier bénéficiaire ne peut être condamné à fournir sur ses biens personnels une provision à un créancier de la succession. Il ne le saurait être que s'il avait été mis en demeure de présenter son compte et qu'il n'eût point satisfait à cette obligation (Arg. à fort. de l'art. 803) ; 2° l'héritier bénéficiaire ne saurait être tenu sur le montant du prix qu'il aurait reçu pour la cession par lui faite de ses droits successoraux. Ce prix, en effet, n'était pas dans la succession et n'a pas dû être compris dans l'inventaire. En vain objecterait-on que l'héritier bénéficiaire ne peut tirer aucun profit de la succession avant que les créanciers et légataires ne soient payés. Il n'a pas retiré de profit *de* la succession, mais bien à l'*occasion de* la succession qui n'est, après la cession faite de ses droits successifs, ni meilleure ni pire.

Toutefois ce n'est pas à dire, comme certains auteurs (1) s'y sont laissé aller, que l'héritier bénéficiaire ne soit en aucune façon débiteur des créanciers du défunt et des légataires. Je crois avoir caractérisé assez exactement la nature de son obligation en la qualifiant de *propter rem*. A ce titre, il est tenu de toutes les dettes et charges héréditaires. Il est notamment tenu d'accomplir les promesses du défunt. Ainsi, lorsque l'un de deux co-propriétaires d'une chose indivise l'a cédée ou vendue en totalité, en se portant fort d'obtenir la ratification de l'autre, l'héritier qui a succédé en même temps à l'un et à l'autre, est tenu, nonobstant sa qualité d'héritier bénéficiaire, de fournir la ratification promise,

---

(1) Voir Mourlon, *Examen critique du commentaire de M. Troplong*, N° 317.

sauf à en faire limiter les effets aux biens qu'il a recueillis. Et c'est très justement que, sur son refus de rapporter cette ratification, il serait condamné *personnellement* à des dommages et intérêts (Voy. Cass., 17 mars 1852, D. 52, 1, 116). Mais remarquez que cette obligation qui va peser sur les propres biens de l'héritier bénéficiaire, est engendrée par un fait personnel de sa part, non par sa qualité d'héritier bénéficiaire. Ainsi encore, la renonciation d'une femme à son hypothèque légale oblige son héritier bénéficiaire. — D'autre part, l'héritier bénéficiaire a le droit d'opposer aux créanciers les exceptions dont son auteur aurait pu se prévaloir lui-même. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé, chambres réunies, le 12 décembre 1839 (Dal., *Jur. gén.*, v° Successions, n° 757), que l'héritier bénéficiaire d'un émigré peut se libérer envers les créanciers de celui-ci, en leur transférant, comme le ferait son auteur ou un héritier pur et simple, sur le montant de l'indemnité accordée par la loi du 27 avril 1825, une rente 3 p. 100 en capital nominal égal à leurs créances. L'héritier bénéficiaire tirait naturellement son droit à opposer ladite exception de sa qualité d'administrateur habile à exercer toutes les actions de la succession. Inutile serait-il, pour justifier l'arrêt, de faire intervenir une idée de représentation.

L'affectation directe du patrimoine par l'obligation personnelle qu'établit l'art. 2092 C. c. est commandée par l'intérêt social. Il exige que le créancier trouve dans les biens présents et à venir de son débiteur la garantie de ses droits. Le droit romain primitif crut devoir sacrifier cet intérêt à une étroite conception du caractère

personnel du lien d'obligation. Il dut alors créer la procédure barbare de la *manus injectio*, dirigée contre la personne même du débiteur, où le juge l'attribuait (*addicebat*) au créancier qui l'emmenait et le retenait en prison jusqu'à satisfaction. Le débiteur avait engagé sa personne au créancier, il ne lui avait pas engagé ses biens. Ceux-ci devaient donc échapper directement à sa mainmise. Mais on s'emparait de la personne du débiteur et on le retenait captif jusqu'à ce qu'il se fût libéré. C'était, à vrai dire, l'unique moyen qu'autorisât une logique abusive pour vaincre l'improbité du débiteur.

L'intérêt public est le vrai motif de notre règle. Mais on la rattache souvent à une convention tacite des parties. Celui qui s'oblige est réputé céder à son créancier, pour le cas où il n'exécuterait pas sa promesse, le droit qu'il a lui-même de vendre ses biens, pour se payer sur le prix. Que si le débiteur vient à faire sortir un bien de son patrimoine, le créancier perd son droit de saisie sur ce bien, en même temps que le droit de vendre s'est éteint en la personne de l'obligé.

Cette fiction me semble d'abord inadmissible dans le cas où l'obligation est née sans la volonté du débiteur, comme est l'obligation *ex contractu*. D'autre part, à la considérer comme un motif impérieux dans ses conséquences, on serait tenté d'en déduire certaines solutions singulières.

C'est ainsi qu'au sentiment de quelques auteurs (1), les dettes librement contractées par la femme séparée de biens dans les limites de son droit d'administration n'affecteraient que son mobilier. Ils allèguent qu'incon-

---

(1) Ainsi Marcadé, *Comment. de l'art.* 1449.

testablement celui qui n'a pas le droit de disposer de ses biens ne peut pas céder à ses créanciers le droit de les vendre en son nom. Or, la femme séparée de biens est incapable d'aliéner ses immeubles. Elle ne peut donc, en s'obligeant, transférer à ses créanciers un droit qu'elle n'a point. Et ainsi cette faculté d'une libre administration que l'art. 1449 C. c. confère à la femme séparée, étant soutenue seulement du gage de sa fortune mobilière, serait à peu près impuissante.

Il est incontestable qu'une personne qui ne peut aliéner directement certains biens, ne peut engager ces mêmes biens à ses créanciers. Elle violerait la prohibition qui l'enchaîne, et ferait par voie indirecte ce qui lui est directement défendu. Cela est parfaitement indiscutable, et je ferai par la suite des applications constantes de cette idée. Mais on l'applique à tort quand on l'invoque pour refuser à l'obligation contractée librement *administrationis causâ* par la femme séparée la garantie réelle de sa fortune immobilière. La loi déclare valable cette obligation : n'est-ce pas à dire qu'elle y attache la conséquence naturelle de l'affectation de tous les biens du débiteur à la sûreté de son créancier ? Le lien personnel d'obligation ne procurerait pas un avantage économique sérieux au créancier, s'il n'était fortifié d'une garantie réelle : voilà le point de vue de la loi. Au surplus il est facile de répondre directement aux arguments de l'opinion adverse Ne doit-on pas considérer que la loi, en levant au profit de la femme séparée la nécessité de l'autorisation maritale pour la validité des obligations contractées par elle dans la mesure de l'administration, lui a permis, dans la même mesure, d'engager à ses créanciers tous ses biens ? Elle a dû nécessairement lui

assurer l'exercice utile du droit qu'elle lui conférait. En créant une exception à la règle de l'incapacité générale de la femme mariée, elle a dû écarter cette règle dans toute l'étendue nécessaire au fonctionnement de l'exception.

CHAPITRE II.

Des exceptions que comporte la règle « Qui s'oblige oblige le sien. — Celles que j'étudie.

Le motif même de la règle « Qui s'oblige oblige le sien » y attache naturellement une portée générale. Le gage du créancier porte sur *tous* les biens du débiteur. Cependant cet effet absolu de l'obligation n'est certainement pas de son essence et la loi le tempère par deux sortes d'exceptions.

Les unes ont été consacrées, pour des motifs divers, par des dispositions impératives, en dehors de la volonté des particuliers. C'est ainsi que les articles 2205, 2206, 2209, 2210, 2211 C. c. limitent pour le créancier le droit de poursuivre son paiement sur celui des biens de son débiteur qu'il lui plaît de choisir. C'est ainsi qu'il faut exclure de l'application de notre règle toutes les choses que la loi, dans un intérêt public, comme rentes sur l'Etat (1), ou dans un intérêt d'humanité,

(1) A raison de leur intérêt, je produis en note les détails suivants sur ce caractère des rentes sur l Etat.

Le capital et les arrérages des rentes sur l'Etat sont insaisissables en vertu de la loi du 8 nivôse an VI : « il ne sera plus reçu à l'avenir d'opposition sur le tiers conservé de la dette inscrite ou à inscrire » art. 4.

Or, on s'est demandé si ce texte entendait placer les rentes sur l'Etat

comme le coucher du débiteur, ses habits, ses instru ments de travail,... a déclarés insaisissables. C'est ainsi qu'il faut comprendre dans la même exclusion les droits qui, étant étroitement attachés à la personne, sont

---

en dehors de toute mainmise des créanciers du titulaire, même au cas où ces créanciers n'auraient à former entre les mains des agents du trésor aucune opposition, ni à faire subir à l'Etat aucune procédure de saisie-arrêt.

Voici à cet égard l'état de la jurisprudence.

Elle n'a pas admis qu'un créancier pût réclamer à son profit le transfert d'un titre de rente appartenant à son débiteur, même malgré l'insolvabilité nettement déclarée de la succession de celui-ci. (Av. Cons. d'Et., 3 janvier 1813, 19 déc. 1839 ; Paris, 16 déc. 1848. D. 49. 2. 121 ; Paris, 14 avril 1849. D. 49. 2. 190 ; Paris, 30 juillet 1853. D. 54. 2. 70). Cependant, l'héritier bénéficiaire n'est pas dispensé de rendre compte de ces rentes comme de toutes les autres valeurs de la succession (Paris 22 nov. 1855 D. 56. 2. 269 ; Paris, 13 juin 1856 D. 57, 2. 194). En cas de faillite du titulaire de la rente, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1854 (D. 54. 1. 116) décide que le dessaisissement qui l'accompagne ne s'applique pas aux rentes sur l'Etat et qu'en conséquence les créanciers n'ont pas le droit d'empêcher le failli de les aliéner. D'autre part, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1859 (D. 59. 1. 145) dispose que l'insaisissabilité dont sont frappées les rentes sur l'Etat, ne s'oppose pas à ce que ces rentes soient, après faillite, aliénées à la diligence des syndics et au profit de la masse des créanciers, les syndics en faisant alors opérer le transfert sans saisie préalable et comme mandataires légaux du failli.

Ainsi, la jurisprudence, excepté dans cette dernière décision, a donné au principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, la portée la plus étendue. Le tempérament contenu dans l'arrêt de 1859 est-il conforme à l'esprit de la loi de nivôse an VI ? Je ne le pense pas.

Ledit arrêt confirme une décision de la cour de Lyon du 1er mars 1855, où je relève ce considérant capital : « qu'en interdisant toute poursuite sur « les rentes sur l'Etat, les lois spéciales ont eu pour objet de débarras- « ser la comptabilité nationale de difficultés incessantes et de faciliter à « la fois le transfert des rentes et le service des titres, mais qu'il n'est « point entré dans l'intention du législateur de créer une nature particu- « lière de biens jouissant d'un privilège exorbitant. » D'où il suivrait que les rentes sur l'Etat seraient valablement employées, contre le gré du titulaire, au paiement de ses dettes, toutes les fois que ce paiement pourrait avoir lieu sans saisie-arrêt préalable et dès lors sans complication dans les règles de la comptabilité publique.

Cette doctrine, qui dépasse d'ailleurs les exigences de l'espèce soumise

incessibles, et, par suite, non susceptibles d'être trans formés en argent : tels sont les droits d'usage, d'habitation et de jouissance légale.

La deuxième sorte d'exceptions comprend tous les cas où la volonté de l'homme, convenablement exprimée, peut déroger au caractère général de notre règle ; où cette volonté peut modifier, dans ses conséquences na-

---

à la cour de Lyon, ne tend à rien moins qu'à condamner toute la jurisprudence antérieure, par l'interprétation qu'elle formule de l'esprit de la loi. Mais elle se heurte aux documents très nets des travaux préparatoires. « Les créanciers, disait le rapporteur M. Vernier, prévenus et instruits « *qu'ils n'auront point à compter sur cette ressource* (celle des rentes sur « l'Etat) pour le paiement et la sûreté de leurs créances, règleront à « l'avenir leurs transactions en conséquence et se ménageront d'autre « sûreté moins sujette à tromper leur attente. » Ce passage n'établit-il pas que le législateur de l'an VI a entendu soustraire les rentes sur l'Etat à toute poursuite des créanciers, sous quelque forme qu'elle s'exerçât, les affranchir en un mot du droit de gage de ceux-ci ? C'est qu'en réalité le privilège dont on a revêtu ces valeurs dérive d'un intérêt plus haut que les exigences de la comptabilité publique : il tend à fortifier le crédit même de l'Etat.

L'arrêt de 1839 trouve-t-il un appui suffisant dans cette idée que la vente des titres de rente du failli, opérée à la diligence des syndics, doit être réputée faite, non par les créanciers poursuivant en leur nom l'expropriation des biens de leur débiteur, mais par le failli lui-même, dont les syndics sont les mandataires légaux ? Je ne saurais admettre cette fiction en présence de la résistance du failli, qui, dans l'espèce, réclamait précisément la restitution de son titre, dont l'arrêt prétend qu'il consentait tacitement l'aliénation.

L'ordonnance du 29 avril 1831 a autorisé la forme au porteur pour les rentes sur l'Etat. Le titre qui en est revêtu reste-t-il soumis aux règles d'insaisissabilité que je viens d'exposer ? Je suis tenté de dire qu'une modification dans le titre, dans l'expression du droit, ne peut altérer un caractère profond du droit lui-même. Cependant, c'est « un caractère « remarquable et essentiel du titre au porteur que le droit qu'il repré- « sente semble, en quelque sorte, ne faire plus qu'un avec lui ; » (1) si bien que le dessaisissement opéré par l'état de faillite semble verser lesdits titres dans la masse de biens appartenant aux créanciers.

(1) Daniel de Folleville, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur* p. 304.

turelles, le jeu de l'art. 2092 C. c. La loi a consacré formellement dans ses textes plusieurs de ces dérogations. D'autres me semblent pouvoir s'autoriser de son esprit. Tout ce qui va suivre est consacré à ce groupe d'exceptions.

Or on peut ranger sous deux points de vue distincts les tempéraments à l'art. 2092 C. c. dérivant de la volonté de l'homme. D'un côté l'on voit un propriétaire exprimer la volonté que tels de ses biens, qu'il fait, le plus souvent, sortir en tout ou en partie de son patrimoine, revêtiront désormais une condition particulière qui les mette hors du domaine affecté par le droit de gage qu'un débiteur offre de droit commun à ses créanciers. D'un autre côté on voit un contractant, par une clause même du contrat, limiter le gage qu'il offre sur son patrimoine en garantie de ses engagements.

La division tirée de ces deux points de vue des espèces juridiques que je me propose d'analyser en dominera l'explication.

La première catégorie comprendra les substitutions permises, l'inaliénabilité dotale et les clauses qui s'en rapprochent, les clauses générales d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. La seconde renfermera les clauses de responsabilité limitée en matière de société, les règles particulières des sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agents de change et certaines modalités par lesquelles les parties contractantes conviendraient que le gage organisé par l'article 2092 C. c. serait circonscrit, dans leurs rapports, à certains biens individuellement déterminés.

CHAPITRE III.

Des Substitutions.

La théorie des substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil nous offre un premier exemple de biens à qui la volonté de l'homme peut imprimer une condition juridique telle que l'application de l'article 2092 C. c. soit modifiée à leur égard.

Les substitutions sont prohibées en principe par l'art. 896 C. c. Ce texte frappe ainsi toute disposition par laquelle une personne gratifiée en premier ordre est chargée de conserver pendant sa vie et de rendre après sa mort à une autre personne gratifiée en second ordre, sous la condition que celle-ci lui survivra (1). Cependant les articles 1048 et 1049 C. c. autorisent ce mode de disposer dans le cercle restreint de certaines personnes liées entre elles par d'étroites relations de sang. Ils admettent les père et mère à faire, au profit d'un ou plusieurs de leurs enfants; et les frères et sœurs qui meurent sans postérité, à faire, au profit d'un ou plusieurs de leurs frères et sœurs, des donations ou des legs, à la charge de conserver les biens donnés ou légués pour

(1) Demolombe, XVIII, p. 87,

les rendre à tous les enfants nés et à naître au premier degré seulement.

Le grevé sera, sa vie durant, vrai et plein propriétaire des biens ainsi substitués. Il les pourra aliéner, hypotéquer, engager à un titre quelconque. Mais les appelés deviendront, par l'ouverture de la substitution, rétroactivement propriétaires des biens substitués, qui leur devront être délivrés intégralement. Partant, ils seront autorisés à demander contre les tiers détenteurs le délaissement ou la restitution des biens substitués que le grevé a transmis ou livrés à ces derniers. Ils seront également autorisés à faire déclarer ces biens francs et quittes des charges et servitudes auxquelles le grevé peut les avoir assujettis et à poursuivre la radiation des inscriptions hypothécaires prises de son chef.

Or, qu'est-ce à dire ? quelles idées président au mécanisme de la substitution ?

On considère généralement la clause de substitution comme une simple application de la modalité de la condition résolutoire : elle réaliserait un legs conditionnel, dont la condition serait précisément la survie du second légataire au premier. La révocation possible des aliénations passées, des charges constituées par le grevé, s'expliquerait naturellement par la rétroactivité de la résolution.

Cependant lorsque l'appelé n'est ni né ni conçu à la mort du disposant, il est bien impossible que la condition résolutoire qui affecte le droit du grevé, rétroagisse au-delà de la naissance de l'appelé, pour ainsi dire dans le vide. Nécessairement l'appelé devient l'ayant cause du grevé pour tout le temps qui sépare sa naissance de la mort du disposant. Pour cette hypothèse au moins,

il faut nécessairement chercher ailleurs l'idée directrice de la loi.

Mais, de plus, alors même que l'appelé serait déjà conçu au décès du disposant, sommes-nous simplement en présence de l'ingénieux mécanisme de la condition résolutoire ? Sans doute, puisque l'appelé vit quand le disposant meurt, il pourra être réputé plus tard tenir du disposant lui-même les biens substitués. Cependant, je ne saurais admettre cette interprétation de l'esprit de la loi. C'est qu'en effet elle réduit singulièrement le domaine de l'art. 896 C. c., qui pose le principe d'une prohibition générale des substitutions. Si la disposition faite actuellement au profit d'une personne, éventuellement au profit d'une autre dès maintenant vivante et capable, sous la seule condition de la survie de la seconde à la première, peut être regardée comme un simple legs conditionnel, il faut la valider, quels que soient les rapports et la situation de famille du disposant, des grevés et des appelés. La condamner par la raison qu'elle réalise une substitution prohibée par l'art. 896 C. c., ce serait violer l'art. 1157 C. c. qui prescrit d'interpréter les actes juridiques *potius ut valeant.* L'art. 896 C. c. ne frappe plus désormais que les substitutions fideicommissaires où l'appelé n'est ni vivant, ni capable au décès du disposant. Or, nous voyons les auteurs de l'ancien droit comprendre sous le nom commun de substitution les deux hypothèses que nous avons distinguées (1). Pourquoi prêter aux rédacteurs du Code l'intention d'avoir inauguré une distinction

---

1 Voy. Thévenot d'Essaules, *Traité des Substitutions*, ch. VIII § Edit. de 1778, p. 42.

d'autant plus difficilement admissible que les deux hypothèses présentent le même trait caractéristique, qui est leur vice commun au point de vue législatif, de créer un *ordo successivus ?*

Sur quelle idée appuyer la substitution ? M. Bartin, dans son livre élégant de la Théorie des conditions impossibles, illicites et contraires aux mœurs, a démontré péremptoirement à nos yeux qu'elle repose sur une idée d'indisponibilité des biens substitués dans l'intérêt de l'appelé. Il a décrit la formation historique de la théorie des substitutions et montré l'idée d'inaliénabilité s'y glissant peu à peu et finissant par en devenir le principe et la base.

Dans le droit romain classique, l'appelé n'a contre le grevé qu'une action personnelle en restitution des biens substitués (Dig. loi 38 de legat et fideic. § 3, liv. XXXII). Mais Justinien, par sa constitution de 529 C. l. 1, VI, 43, confère à tout légataire une hypothèque sur les biens qui font l'objet du legs, assimile en même temps les fideicommis aux legs et frappe par là même les biens substitués d'une hypothèque au profit de l'appelé. Par une évolution naturelle, il dispose deux ans plus tard par la loi 3 C. § 2 VI, 43 que le grevé ne pourra pas aliéner les biens substitués.

Notre ancien droit adopta cette idée d'indisponibilité et l'étendit même aux substitutions par actes entre vifs. Nous en avons la preuve dans le Traité des substitutions de Thevenot, qui rattache formellement au droit de Justinien le droit des appelés à critiquer les aliénations consenties par le grevé. Aucun passage n'est plus significatif à cet égard que le suivant : « s'il est dit : « je défends d'aliéner hors de la famille, il y a fidei-« commis au profit de la famille », ch. XI § 10 p. 79.

Les rédacteurs du code aperçurent nettement ce support de la substitution, l'idée d'inaliénabilité en pénétrant et soutenant le mécanisme. Je la trouve relevée dans les deux passages suivants des travaux préparatoires. « On ne peut se dissimuler, disait Cambacérès, « que l'Assemblée Constituante n'ait eu de justes motifs « d'être frappée des inconvénients des substitutions. « C'en est un sans doute que l'*inaliénabilité* dont elles « frappent les biens; c'en est un encore que le faux crédit « qu'elles peuvent faire obtenir au grevé (1). » « Si les « substitutions sont rétablies, poursuivait Tronchet, il « faudra déclarer nulles les aliénations faites par les « grevés et dépouiller les acquéreurs de bonne foi (2) ».

Au reste, ce n'est pas seulement à cause des inconvénients économiques du moyen qui servait à les réaliser, mais encore et surtout à raison du but qu'elles poursuivent, que le législateur de 1804 condamna les substitutions. Elles tendent à créer un ordre de succession parallèle à l'ordre légal, *ordo successivus*. L'appelé recueille les biens substitués en vertu d'un titre héréditaire qu'il ne tient ni de la loi ni de la volonté du grevé, mais de celle de l'auteur de la substitution « La substitution, « disait Bigot de Préameneu au Conseil d'Etat, n'est « pas un simple acte de transport de propriété : c'est « un ordre établi entre les personnes que le donateur « appelle pour se succéder les unes aux autres ; c'est « constituer pour les générations futures l'état et l'or- « ganisation de la famille ; c'est faire un acte de légis- « lation plutôt qu'exercer un droit privé ; c'était, dans « sa plus grande latitude, l'exercice de ce pouvoir indé-

(1) Locré, XI, 126.
(2) Locré, XI, 97.

« fini que le chef de famille avait chez les Romains, non « seulement sur ses biens personnels, mais encore sur « la famille entière, pouvoir qui était une des bases du « système du gouvernement et que ne comporte pas « notre législation » (1). Ce caractère de la substitution dénoncé par Bigot de Préameneu en constitue en effet le vice irrémédiable au point de vue législatif. Il fut la raison dernière pour laquelle les substitutions ne furent permises par le Code que selon les termes des articles 1048 et 1049.

L'épave qu'ils nous ont gardée d'une institution autrefois considérable en conserve naturellement le principe organique, l'idée d'inaliénabilité servant de moyen pour réaliser la substitution. Les biens qui en sont affectés sont ainsi frappés d'une inaliénabilité éventuelle. Ils sont donc dans le patrimoine du grevé à part de ceux qu'il pourra offrir comme gage à ses créanciers; car, s'ils venaient à être saisis et vendus, les tiers acquéreurs se verraient forcés de les restituer par suite de l'ouverture de la substitution.

M. Demolombe (2), tout en repoussant l'idée de résolution, pour expliquer les effets de l'ouverture de la substitution, semble donner une autre explication que celle qui précède. Il qualifie la propriété du grevé de propriété *ad tempus*, qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue. J'ai peine à comprendre, comme une idée distincte et nouvelle, cette notion d'une propriété *ad tempus*. L'événement qui en marque la fin ne peut naturellement pas

(1) Locré, XI, 112.
(2) T. XVIII p. 94.

être sans effet rétroactif effaçant les actes par lesquels le propriétaire *ad tempus* aurait compromis le droit tel qu'il l'a reçu. Et dès lors, que peut être un droit *ad tempus*, sinon un droit affecté d'une condition résolutoire? A moins que l'idée ne se confonde, comme il a paru à M. Bartin (1), avec celle d'inaliénabilité que j'ai soutenue.

Au reste, cette inaliénabilité est, dans mon esprit, toute relative, introduite et fonctionnant dans le seul intérêt de l'appelé. D'où il suit qu'elle n'empêche pas les créanciers personnels du grevé de faire saisir et exproprier contre lui les biens substitués. Je m'inscris contre l'arrêt de la Cour de Paris du 12 juin 1847 (D. 1847, 2, 61), aux termes duquel, le grevé n'étant propriétaire de ces biens qu'à la condition de les conserver et de les rendre, ils ne peuvent devenir le gage de ses créanciers. Le tuteur à la substitution, chargé de veiller à leur conservation, aurait qualité pour s'opposer à la saisie dont on voudrait les frapper. La condition d'inaliénabilité dont j'affecte les biens substitués n'a pas ces effets. Elle ne vient frapper les actes du grevé qu'au jour de sa mort, lorsqu'elle se réalise. Mais, tant qu'il vit, il est propriétaire des biens substitués et les charges qu'il a établies tiennent. Au jour seulement de l'ouverture de la substitution sont résolues contre les créanciers et les tiers acquéreurs les obligations et aliénations consenties par lui au préjudice de l'appelé. Ainsi admettrai-je avec l'arrêt de la cour de Cassation du 5 mai 1830 (D. 1830, 1, 234) que les créanciers de l'auteur de la substitution ne peuvent écarter les créanciers du

(1) Bartin, loc. citat. page 36, note.

grevé de la distribution du prix provenant de la vente des biens grevés.

La mort du grevé est la cause normale et régulière de l'ouverture de la substitution. Elles a les effets que j'ai dits. Mais la substitution peut s'ouvrir même du vivant du grevé par certaines causes exceptionnelles, notamment par l'abandon des biens substitués fait volontairement par le grevé aux appelés. Cette cause n'a pas contre les tiers la même énergie que la première : « L'abandon anticipé de la jouissance, dit l'ar- « ticle 1053 C. c., ne pourra préjudicier aux créanciers « du grevé antérieurs à l'abandon. »

A restituer avant sa mort les biens substitués, le grevé perd le bénéfice de leur jouissance et la chance de voir la propriété s'en fixer sur sa tête par le prédécès des appelés. Cette perte mesure le préjudice qui en résulte pour ses créanciers. Or la loi entend le leur épargner. Elle veut empêcher toute collision entre les appelés et le grevé dans le mauvais dessein de faire tort, par cet abandon anticipé, à des créanciers légitimes. Les appelés ne tenant ici leur droit que du pacte fait entre eux et le grevé, et non point de la volonté du disposant, ils n'occuperont jusqu'à la mort de celui-là que la place qui lui était destinée : les biens passés en leurs mains seront jusqu'à ce jour exposés aux poursuites que les créanciers du grevé pouvaient auparavant exercer.

Cette protection dont l'art. 1053 entoure lesdits créanciers semble au premier abord une concession favorable de l'action paulienne, dispensée ici de la condition de la fraude qui, de droit commun, est nécessaire. Le grevé, en restituant le fideicommis avant le temps de son échéance, a causé à ses créanciers le préjudice que j'ai

dit : il les a lésés par un acte gratuit, par une manière de renonciation : la loi leur permet, en cet état, d'en demander la révocation. Le présent texte concourt d'ailleurs avec d'autres, les articles 622, 788, 2225 C. c., pour appuyer la thèse qui n'exige, dans les actes gratuits, d'autre condition à l'action paulienne que le préjudice.

Je n'ai pas à discuter ici cette théorie, mais je dirai que l'art. 1053, qu'on y rattache, lui est absolument étranger. Ce texte n'a pas trait à l'action paulienne, il n'attribue pas aux créanciers lésés une action révocatoire de l'acte de leur débiteur avec dispense de prouver la fraude ou, comme on a dit, à raison d'une présomption de fraude. Pour s'en convaincre, il suffit de la rapprocher de l'art. 42 du titre IV de l'ordonnance de 1767 que voici : « La restitution du fideicommis, faite « avant le temps de son échéance, par quelque acte « que ce soit, ne pourra empêcher que les créanciers « du grevé de substitution qui seront antérieurs à la« dite remise, ne puissent exercer, sur les biens sub« stitués, les mêmes droits et actions que s'il n'y avait « point eu de restitution anticipée ; et ce, jusqu'au « temps où le fideicommis devait être restitué ; ce qui « aura lieu même à l'égard des créanciers chirogra« phaires, pourvu que leurs créances aient une date « certaine avant ladite remise. » La disposition finale de l'art. 1053 apparaît comme le résumé ambigu et obscur de l'ancien texte, qui en est ainsi le meilleur commentaire. Or, il s'en dégage que les créanciers du grevé n'ont pas besoin de faire révoquer l'abandon anticipé, lequel est non avenu à leur égard et laisse intacte leur condition.

CHAPITRE IV

Inaliénabilité dotale — Clauses qui s'en rapprochent.

I. Je rencontre dans le régime dotal un second exemple de biens soustraits à l'application de l'art. 2092 C. c. par la volonté de l'homme convenablement exprimée.

Sous ce régime, les immeubles constitués en dot à la femme, et, suivant la jurisprudence, les meubles eux-mêmes, ne peuvent, en principe, être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage par les époux, art. 1554 C. c. En conséquence la femme ne peut engager sa dot, et tous les engagements qu'elle contracte, seule ou avec son mari, sont sans effet et nuls en ce qui regarde les biens dotaux.

Etudions en détail le conflit qui s'élève entre l'inaliénabilité dotale et le principe de l'art. 2092 C. c.

Au préalable, d'une part, je prendrai parti dans la controverse relative au siége du vice qui s'oppose à l'efficacité des engagements de la femme dotale.

Ce vice a-t-il son siége dans la personne même de la femme, dans un défaut d'intelligence ou de liberté de sa part? Y a-t-il incapacité du débiteur? Ou bien, au contraire, ce vice a-t-il son siége dans la nature ou la destination de la chose qui fait l'objet de l'obligation? Y a-t-il indisponibilité de tout ou partie du patrimoine? Dans le premier système, pour savoir si une obligation

contractée par la femme est exécutoire sur ses biens dotaux, il faudra se placer au moment où elle prend naissance ; dans le second système, il faudra se placer au moment où le créancier poursuit son paiement.

Je me rallie à la première opinion et je rattache l'inaliénabilité dotale à la situation personnelle de la femme mariée. La loi a voulu la protéger contre l'ascendant de son mari, contre sa confiance ou sa faiblesse. Non point que j'invoque ici je ne sais quelle infirmité de caractère de la femme soumise à un époux. Cette considération ne tendant à rien moins qu'à présenter la femme mariée comme une personne incapable, le législateur eût dû y répondre par des dispositions impératives. Je veux dire que le régime dotal condescend aux inquiétudes des familles qui voient avec défiance la fortune de la femme liée à celle de son époux, comme il en est ainsi sous le régime de communauté. Il permet à leur volonté d'entourer la femme de garanties exceptionnelles qu'il leur est loisible d'étendre ou de limiter à une fraction quelconque de son patrimoine.

D'autre part, je note qu'outre l'inaliénabilité des biens dotaux, le régime dotal entraîne au profit du mari la jouissance de ces biens, dont les revenus doivent concourir à l'entretien du ménage.

Cela posé, je divise en deux groupes les créanciers de la femme : ceux dont le titre est antérieur au mariage et ceux dont il est né durant le mariage.

Je supposerai les créanciers du premier groupe munis de titre ayant date certaine avant la dotalisation (1).

---

(1) On discute si la dotalisation existe dès la passation du contrat de mariage ou bien seulement après le mariage contracté. Cette controverse de détail serait déplacée dans l'étude synthétique que je poursuis.

Quel sera leur droit sur les biens dotaux ? — Pour répondre avec précision, il convient de distinguer les diverses conditions de constitution de dot.

1° La femme s'est elle-même constitué sa dot, qui comprend tous ses biens présents et à venir ou une quote-part de ces biens. En ce cas, il me semble difficile d'élever le moindre doute sur le droit desdits créanciers à saisir la pleine propriété des biens dotaux. Cette solution s'impose même dans le système de l'indisponibilité réelle des biens dotaux. En vain dirait-on que la dotalisation d'un bien, en le faisant inaliénable, équivaut à une aliénation qui enlèverait au créancier son gage sur ce bien. Dans l'espèce, la femme a apporté en dot une universalité avec ses charges, actif et passif ensemble. La situation des créanciers existants n'est aucunement modifiée.

2° La femme s'est constitué en dot un bien déterminé. Lesdits créanciers n'en pourront saisir que la nue-propriété. La jouissance en a été aliénée au mari à titre particulier et, par là même, soustraite à leur sûreté. Mais la réduction de gage s'arrête là. Cette décision va de soi dans la thèse de l'incapacité de la femme dotale. Indépendante et pleinement capable au jour où elle s'est obligée, comment celle-ci pourrait-elle rompre le pacte qui la lie? Elle ne répugne pas absolument à l'autre thèse. Car, même au point de vue qu'elle adopte, n'est-ce point méconnaître le vrai caractère de la dotalisation que d'y voir un acte d'aliénation qui ferait sortir les biens dotalisés du patrimoine de la femme ? Peut-on aller plus loin que de dire qu'elle revêt les biens dotalisés d'un caractère particulier, lequel les met notamment à l'abri de la saisie de tous créanciers futurs, mais ne les trans-

forme pas rétroactivement, les purgeant de toutes charges chirographaires antérieures ?

3° La dot apportée par la femme lui a été constituée par un tiers. Au premier abord, les biens qui la composent semblent n'être entrés dans le patrimoine de la femme que frappés d'inaliénabilité. A aucun moment ils n'ont pu devenir le gage des créanciers antérieurs, dont ils paraissent devoir défier la saisie. Mais si l'on entre plus avant dans la situation juridique présente, on aperçoit que les biens dont s'agit ont été en réalité reçus d'abord par la femme à titre de donation, puis dotalisés par elle dans son contrat de mariage. De sorte que, pendant un instant de raison, ils sont entrés dans le domaine engagé aux créanciers de la femme, dont le droit a survécu à la dotalisation. Dans ce cas encore, la stipulation que les époux se marient sous le régime dotal ne concerne que l'avenir : les créanciers ont les mêmes droits que dans le cas précédent. (Bord. 29 août 1855, S. 1856, 2, 679).

Quid maintenant des créanciers de la femme en vertu d'engagements contractés par elle durant le mariage?

Ces engagements n'ont pu aucunement affecter les biens dotaux. Leur paiement ne pourra d'ailleurs être poursuivi sur ces biens pas plus après la dissolution du mariage que pendant sa durée. Pendant son mariage la femme est incapable d'aliéner son bien dotal, incapable par conséquent de conférer à un créancier le droit de le mettre en vente. Quel changement peut amener la dissolution du mariage? Elle ne saurait effacer l'infirmité originaire de l'obligation, sa nullité relative que la femme ou ses héritiers feront valoir dans les délais de l'art. 1304. — Mais ces raisons mêmes disent assez que la thèse de

l'indisponibilité réelle du fonds dotal ne saurait s'accommoder de cette solution. Le mariage, en se dissolvant, fait cesser la dotalité, l'inaliénabilité, l'insaisissabilité, et le droit commun reprend son empire. Or un créancier peut saisir tous les biens de son débiteur qui sont saisissables au moment des poursuites. Vainement invoquerait-on l'intérêt de la femme et des enfants à ce que les biens jadis dotaux ne soient jamais saisis. Cette considération ne peut avoir la valeur d'un argument. Et en effet l'espèce actuelle présente l'intérêt capital de la controverse dans laquelle j'ai pris parti plus haut. La solution que j'ai soutenue est d'ailleurs celle de la jurisprudence, qui s'est ainsi implicitement prononcée en faveur du système de l'incapacité personnelle de la femme dotale. (Paris, 7 mars 1851, D. 1851, 2, 19; Douai, 27 juillet 1853, D. 1854, 2, 234; Paris, 9 juin 1856, D. 1856, 2, 232.)

La jurisprudence écarte même les créanciers de la femme dont le titre est né pendant le mariage du prix des immeubles dotaux librement aliénés par la femme devenue veuve. Ce prix représente en effet la dot, la valeur affectée sous ce titre au soutien de la famille. Sa provenance est manifeste : pourquoi la prohibition de saisir cesserait-elle ? — Au surplus on peut dire en toute rigueur que le prix est ici subrogé à la chose. Dans une universalité, le prix reçoit la qualité dont la chose était affectée comme partie d'un tout. Or la dot présente le trait distinctif de l'universalité, qui est une catégorie de biens n'ayant aux yeux du législateur de déterminé et d'identique qu'une qualité, qu'une origine. Les biens, divers par leur nature, qui sont compris dans la dot, sont revêtus par la loi d'une qualité unique, leur affec-

tation commune aux charges du mariage. Dira-t-on qu'après le mariage, l'unité est dissoute et a laissé chaque bien reprendre son individualité? Je répondrai que le droit du créancier, né pendant le mariage, garde l'infirmité dont l'a vicié à l'origine le caractère particulier de certains biens du débiteur. La position du créancier doit rester ce qu'elle était au moment du contrat et ne doit pas être améliorée par un fait postérieur et involontaire pour le débiteur. — J'ajouterai que la solution contraire ne laisserait entre les mains de la femme devenue veuve que la propriété quasi indisponible du fonds dotal, exposée qu'elle serait, si elle voulait le vendre, à voir un créancier mettre aussitôt la main sur le prix.

L'insaisissabilité de ce prix survivant au mariage au profit de la femme veuve profitera naturellement à ses héritiers quelconques. J'ai peine à comprendre la restriction contenue dans l'arrêt précité de la Cour de Paris qui permet aux créanciers de la femme dotale de poursuivre le paiement des obligations contractées par celle-ci sur le prix des immeubles dotaux vendus après son décès par son *légataire universel*. Suivant cet arrêt, les *héritiers naturels* de la femme profiteraient seuls de l'immunité précédente, parce que l'inaliénabilité dotale n'a été établie qu'en faveur de la famille. Mais cette considération ne peut prêter aucun appui à une jurisprudence qui admet le légataire universel à écarter la poursuite des mêmes créanciers des immeubles dotaux eux-mêmes légués par la femme.

A *fortiori* la séparation de biens laisse-t-elle subsister l'insaisissabilité des biens dotaux. Mais la condition de leurs revenus fait alors l'objet d'une controverse assez vive.

Après la dissolution du mariage, les revenus dotaux, accessoires de la dot, suivent la condition même du fonds telle que je l'ai précisée. Tant que le régime dotal subsiste, ils sont attribués au mari et les créanciers de la femme n'y peuvent prétendre aucun droit. En outre, comme ils sont concédés au mari bien moins dans son intérêt personnel qu'en sa qualité de chef de l'association conjugale et pour lui fournir les moyens de pourvoir à l'entretien de la femme et des enfants, ainsi qu'aux frais du ménage, il n'en peut disposer et les engager à ses créanciers que dans la mesure de leur excédent sur les besoins de la famille. La séparation de biens rend à la femme la jouissance de ses biens dotaux. Le même excédent devient, a-t-on prétendu, également disponible entre ses mains, et dès lors rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse l'engager même durant le mariage et avant séparation de biens. La Cour de Cassation n'a pas admis ce raisonnement spécieux et son arrêt solennel du 7 juin 1864 (S. 1864, 1, 201) maintient dans l'espèce l'insaisissabilité absolue des revenus dotaux. Mais si l'on suppose des créanciers de la femme postérieurs à la séparation de biens et poursuivant leur paiement avant la dissolution du mariage, cet excédent tombe parfaitement sous leur droit ed saisie. (Cass., 4 nov. 1846. D. 47, 1, 174).

L'inaliénabilité des biens dotaux, dont je viens de parcourir les conséquences défavorables aux créanciers de la femme, ne concerne, d'après la doctrine consacrée depuis longtemps par les auteurs et la jurisprudence, que les obligations conventionnelles (Cass. 4 mars 1845. S. 45, 1, 513 et 515 ; Aub. et Rau T. V. p. 615). Ces biens répondent des obligations résultant des délits ou

quasi délits de la femme. Seulement, certains auteurs n'admettent cette aliénabilité de la dot que sous la réserve, durant le mariage, des droits du mari, c'est-à-dire pour la nue propriété seulement.

L'exception ainsi apportée à l'art. 1554 C. c. est fondée sur un intérêt d'ordre supérieur devant lequel doit fléchir la régle qu'il édicte. Une loi de protection, destinée à garantir la femme des conséquences de sa faiblesse relativement aux actes susceptibles de compromettre les biens dotaux, serait détournée de son but, si elle servait à les exonérer des suites de ses faits personnels, alors que ces faits sont des crimes, des délits ou des quasi délits. Ajoutez que, visiblement, l'art. 1554, en déclarant la dot inaliénable, n'a eu pour but que de préserver la femme des influences qui pourraient agir sur son consentement dans les actes ou les faits de la vie civile, c'est-à-dire dans les contrats ou quasi contrats. Il n'a pas entendu l'affranchir de la responsabilité établie par les art. 1382 et suiv., d'autant plus, qu'à la différence de certains autres délinquants placés sous la puissance d'autrui, personne n'est appelé à répondre pour elle du préjudice causé par son fait.

Les parties peuvent, par des conventions particulières, atténuer les effets naturels du régime dotal. L'art. 1557 C. c. dispose que « l'immeuble dotal peut être aliéné « lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de « mariage ». Et le principe de la liberté des conventions matrimoniales, proclamé par l'art. 1387 C. c. autorise à étendre cette modification et à stipuler d'autres clauses telles que la faculté pour la femme de céder ses reprises, d'hypothéquer ses biens dotaux... plus énervantes encore de l'inaliénabilité.

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent à les interpréter dans un sens étroit et à les renfermer dans la mesure exprimée au contrat. En adoptant le régime dotal pour base de leur association, les parties ont manifesté leur désir d'assurer la conservation de la dot. Elles ont voulu cependant adoucir sur ce point les rigueurs de la dotalité ; mais il n'est pas permis d'étendre les exceptions qu'elles ont formulées, sans outrepasser leur intention présumée. C'est ainsi que la simple déclaration qu'un immeuble dotal pourra être aliéné n'emporte pas pour les créanciers le droit de le saisir. Ils ne le tirent pas même de la clause qui en autorise l'aliénation et l'hypothèque (Bord. 22 déc 1857, S. 58, 2, 529; Cass. 3 avril 1849, S. 49. 1. 385).

Je consens que toute dérogation aux principes généraux du régime adopté par les parties et destiné à former le droit commun de leur union doit être expressément renfermée dans ses termes. Mais encore faut-il raisonnablement entendre cette règle d'interprétation et ne pas enlever aux expressions une partie de l'étendue qu'elles ont naturellement. Or, lorsque la femme s'est réservé le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, ne s'est-elle pas implicitement réservé la faculté d'en disposer à titre de gage au profit de ses créanciers même chirographaires ? Une hypothèque, en effet, n'est jamais que l'accessoire de l'obligation consentie pour le paiement d'une somme quelconque et dont elle constitue la garantie la plus haute. Puisque la femme s'est réservé la faculté d'hypothéquer, c'est qu'elle a prévu que, dans le mouvement des affaires conjugales, il serait utile pour elle et pour le ménage qu'elle y intervienne par ses obligations avec toutes les conséquences que les

engagements comportent de droit commun. La femme l'a si bien entendu ainsi, qu'elle a voulu aller au-delà même de la simple obligation et donner à son créancier, outre le gage de l'art. 2092 C. c., une cause légitime de préférence. — On objectera que les dettes chirographaires, se contractant avec plus de facilité que les dettes hypothécaires, l'interprétation que je défends méconnaît tout souci de la conservation de la dot. Mais pourquoi ne pas admettre que la clause présente indique précisément l'intention de réduire à peu la dotalité ? — Il est ainsi permis de reprocher à bien des décisions de la jurisprudence de réduire avec excès le sens des mots, d'exiger des synonymes, des clauses surabondantes et inutiles. Je signalerai comme exempt de ce défaut l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 1861 (D. 61. 1. 156), d'après lequel, notamment, lorsqu'une femme, mariée sous le régime dotal, avec constitution en dot de biens à elle donnés par un tiers dans son contrat de mariage et d'autres biens lui appartenant en propre, se réserve la faculté d'aliéner tous ses immeubles dotaux et d'en appliquer le prix, à titre de remploi, au paiement des dettes de l'instituant, les créanciers de ce dernier peuvent poursuivre le paiement de leurs créances, non seulement sur les biens provenant de leur débiteur, conformément à l'art. 1558 C. c., mais encore sur tous les autres biens dotaux, une telle réserve emportant en leur faveur dérogation aux principes de la dotalité.

II. — L'inaliénabilité des biens constitués en dot s'attache proprement au régime dotal. Mais les divers types de régimes matrimoniaux organisés par le Code ne sont pas nécessairement adoptés par les parties dans

leur ensemble complet, absolu, exclusif. Le législateur même, en proclamant dans l'art. 1387 C. c., que les époux peuvent régler comme ils jugent à propos le régime de leurs biens dans l'association conjugale, les laisse libres de combiner entre eux les divers régimes du Code pour en composer un régime mixte dont les clauses auront toute efficacité. Or, est-ce que et dans quelle mesure, en dehors de l'adoption franche et entière du régime dotal, les époux peuvent faire des conventions matrimoniales tendant à soustraire une partie de leur patrimoine à l'action de leurs créanciers ? Si de pareilles conventions sont possibles, elles ne peuvent l'être qu'en faveur de la femme, aucun régime ne conférant au mari la faveur d'avoir des biens inaliénables. Je pose la question dans les termes mêmes où elle s'est présentée en pratique, et je me demande si la femme peut, sous le régime de communauté, rendre ses immeubles inaliénables et insaisissables.

Il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que des éléments empruntés au régime dotal et au régime de communauté peuvent coexister dans un même contrat de mariage ; que la femme commune peut frapper ses propres de dotalité. Le contrat de mariage contiendra valablement une clause ainsi conçue : les immeubles A, B de la femme se comporteront comme dotaux. Mais supposez qu'il porte seulement que ces biens seront inaliénables ou qu'ils ne seront aliénables qu'à charge de remploi. Dans la seconde formule, l'inaliénabilité n'est, il est vrai, que conditionnelle ; mais la condition imposée à la vente ne change pas le caractère de la clause. Quelle portée donner à ces déclarations ? Y puis-je trouver une des exceptions à l'art. 2092 C. c., que j'étudie ?

Je remarque que la clause particulière de remploi ne saurait engager la responsabilité des tiers, si elle n'a été formellement stipulée à eux opposable. Bien que le système contraire ait été admis par plusieurs arrêts et par quelques auteurs, il choque manifestement la règle d'interprétation restrictive imposée à l'égard de toute clause qui déroge au droit commun. Supposons donc cette clause expressément formulée obligatoire vis-à-vis des tiers.

La Cour de Cassation, dans l'arrêt rendu toutes chambres réunies le 8 juin 1858 (D., 1858, 1, 233), a sanctionné lesdites clauses dans leur portée la plus étroite. Elle a décidé que les immeubles désignés ne pourraient pas passer aux mains d'acquéreurs volontaires, mais elle les a laissés exposés à la poursuite des créanciers saisissants, elle les a maintenus saisissables comme tous propres de communauté. L'insaisissabilité, pas plus qu'aucune autre des conséquences de la dotalité, ne saurait, dit-on, dériver des clauses dont s'agit.

Je me permettrai de critiquer cet arrêt. Qu'une clause d'inaliénabilité ne soumette pas les biens qu'elle frappe à une dotalité complète, c'est ce que l'art. 1392 C. c. impose. Ces biens demeureront prescriptibles ; le mari ne pourra exercer seul à leur égard que les actions possessoires et non les pétitoires ; les conditions de la jouissance du mari, le calcul des fruits à restituer lors de la dissolution du mariage, le rapport à la succession du constituant, en cas d'insolvabilité du mari à l'époque de la donation, seront soumis aux règles qui gouvernent les propres de communauté et non pas à celles qui gouvernent les biens dotaux. Mais dès l'instant où l'arrêt reconnaît que les biens désignés par la clause seront

inaliénables, il me paraît impossible de nier qu'ils soient par là même insaisissables. En supposant particulièrement la clause de remploi, il est constant que la femme ne peut aliéner que sous certaines conditions ; que les tiers acquéreurs en sont constitués responsables ; que dès lors ils ne peuvent permettre qu'on s'en écarte, ce qui équivaut pour la femme à la prohibition de disposer de son immeuble ou du prix. Or, si la femme ne peut vendre ni par là même hypothéquer, si en un mot elle est forcée de respecter son propre bien, elle ne peut faire qu'il devienne le gage de ses créanciers, qui n'ont en aucun cas plus de droits qu'elle-même. Qui s'oblige oblige le sien, mais on n'oblige le sien que dans les limites de sa capacité D'ailleurs comment ne voit-on pas que le droit de suite qu'on prétendrait conférer aux créanciers de la femme est en opposition directe avec l'obligation qu'a dû subir l'acquéreur de veiller à ce que l'immeuble ou le prix qui le représente reste entier à la femme, garantie qui résulte du remploi ?

Les clauses que je viens de parcourir apportent ainsi de nouvelles exceptions à la règle « *Qui s'oblige oblige le sien.* »

CHAPITRE V.

Clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

J'arrive à la théorie des conditions d'inaliénabilité et d'insaisissabilité envisagées sous leur forme générale et abstraite. La substitution et la dotalité que je viens d'étudier n'en sont, à vrai dire, que des applications particulières. Si je les ai placées au premier plan, c'était pour présenter d'abord sous une forme concrète, et par là même mieux saisissable, une idée générale prenant corps dans deux institutions importantes.

Ce sont des clauses usitées dans les donations entre vifs et les testaments que celles par lesquelles le disposant, sous l'influence de motifs divers, stipule, en des formules plus ou moins compréhensives, que les biens, objet de la libéralité, seront inaliénables ou insaisissables entre les mains du gratifié. Etudions successivement la condition d'inaliénabilité et celle d'insaisissabilité.

I. La prohibition d'aliéner paraît à la jurisprudence et à la plupart des auteurs une clause contraire à la loi et à l'ordre public. Elle tend en effet à frapper les biens d'immobilité, à les retirer du commerce, à créer en quelque

sorte des biens de main-morte. Elle altère ainsi le droit de propriété dans un de ses éléments essentiels. Elle est contraire au principe de la libre circulation des biens ; elle paralyse l'essor de la richesse publique. Au surplus de nombreuses dispositions du Code civil révèlent avec éclat chez le législateur la pensée de réprouver l'inaliénabilité, ne serait-ce que la prohibition en principe des substitutions. (Lyon, 7 avril 1835, D. 36, 2, 183 ; Lyon, 12 juin 1856, D. 56, 2, 224 ; Alger 20 janvier 1879, D. 79, 2, 143 ; Cass. 19 mars 1877, D. 79, 1, 455).

Ainsi la condition de ne pas aliéner apposée à une disposition entre vifs ou par testament est illicite. La circonstance que le donataire serait faible d'esprit ou prodigue et que le disposant craindrait qu'il ne se portât à des actes ruineux d'aliénation, ne saurait autoriser à prononcer contre lui une défense absolue d'aliéner. La loi a institué contre le dérangement des facultés intellectuelles et contre la prodigalité des moyens de protection auxquels on peut recourir, mais qu'il n'est pas permis de remplacer par des moyens arbitraires. Au reste le disposant recourrait vainement au détour d'une clause pénale. Au lieu de donner purement et simplement sa maison à Primus, sous la condition qu'il ne l'aliénera pas, il dira peut-être : si Primus aliène la maison que je lui donne, je veux qu'il paie cent à Secundus ou je déclare léguer ma maison à Secundus. Inutiles détours. La clause pénale n'est pas plus valable que la prohibition directe, elle tombe avec la clause principale dont elle tend à sanctionner l'accomplissement.

Étant illicite, la clause d'inaliénabilité est réputée non écrite par application de l'art. 900 C. c. : la libéralité est tenue pour pure et simple. (Voyez les arrêts cités

ci-dessus.) L'élastique théorie de la cause illicite (1) ne saurait aucunement trouver ici son application. Cette théorie écarte l'art. 900 C. c. et annule la libéralité même qui est affectée d'une condition impossible ou illicite, lorsque la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Quelle que soit la valeur juridique de cette limitation de l'art. 900, la condition d'inaliénabilité y échappe sans contredit, par cette raison péremptoire que l'inaliénabilité n'est pas un but en soi, mais un moyen de réaliser une intention déterminée.

La réprobation absolue de toute condition d'inaliénabilité n'irait cependant pas sans de graves inconvénients, et des intérêts sérieux sollicitent des tempéraments à cette sévérité. La jurisprudence qui est, comme on a dit, l'expression fidèle des besoins et des mœurs de la société, a été contrainte d'y céder. On peut ainsi résumer, avec M. Demolombe (2), les diverses concessions que des besoins impérieux ont arrachées à sa fidélité envers un principe qui paraissait absolu. « S'il faut considérer « comme illicite la condition de ne pas aliéner, dit le « savant jurisconsulte, lorsqu'elle est absolue et indéfinie, « notre avis est au contraire qu'il faut la considérer « comme licite lorsqu'elle est seulement relative et tem- « poraire et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un « intérêt sérieux. C'est ce qui peut arriver dans trois « cas, à savoir lorsqu'elle a pour but de garantir : « 1° soit l'intérêt du disposant ; 2° soit l'intérêt d'un « tiers ; 3° soit même aussi l'intérêt du donataire ou du « légataire. »

(1) Cass., 29 juin 1871, S., 75, 1, 293 ; Cass., 20 mai 1879, D., 79, 1, 431 ; Cass., 17 juillet 1883, S., 84, 1, 305.

(2) Demolombe, T. XVIII, p. 292.

Ainsi on devra d'abord respecter la condition de ne pas aliéner imposée au donataire par le disposant dans le but de garantir un droit qu'il se serait réservé à lui-même sur la chose donnée, par exemple l'usufruit de cette chose. Il est loisible à un père de famille qui fait donation de ses biens à ses enfants de s'en réserver l'usufruit, et, dans l'intérêt de son droit d'usufruit, d'imposer à ses enfants la condition de ne pas aliéner de son vivant. (Cass., 25 janvier 1860, S., 1860, 2, 477 ; Cass., 27 juillet 1863, S., 63, 1, 465). De même si le disposant, en imposant au donataire la condition de ne pas aliéner, avait eu en vue de garantir, dans son intérêt, l'efficacité d'un droit de retour conventionnel ou légal. (Douai, 23 juin 1851, D., 1852, 2, 245). De même encore si la défense d'aliéner était destinée à garantir une rente viagère servie par le propriétaire du bien qu'on prétend soustraire à l'aliénation (Nancy, 24 décembre 1869, D., 1872, 2, 57).

En second lieu, il faudra respecter comme licite la condition de ne pas aliéner en tant qu'elle aurait été imposée au donataire ou au légataire dans le but de garantir l'exercice d'un droit réservé par le disposant au profit d'un tiers, comme par exemple un droit d'usufruit ou de rente viagère que le disposant aurait constitué au profit du tiers, et dont il voudrait lui faciliter l'exercice en assurant l'immutabilité du propriétaire ou la fixité des revenus du débiteur. (Douai, 27 avril 1864, S., 1864. 2, 254 ; Cass. 12 juillet 1865 S. 1865. 1. 342 ; Cass. 9 mars 1868, D. 1868. 1. 310).

Enfin il se peut même que la condition de ne pas aliéner doive être considérée comme licite dans le cas où elle aura été imposée dans l'intérêt du donataire ou

du légataire lui-même. Les arrêts autorisent le disposant à stipuler que celui-ci ne pourra pas aliéner avant d'avoir atteint un âge déterminé ou contracté mariage. Le gratifié est alors un jeune homme dont le donateur redoute les goûts de dissipation et qu'il veut sauver des égarements possibles, en lui assurant des ressources pour le moment où elles lui seront le plus utiles. (Lyon, 15 mars 1854, S. 1855. 2. 424; Paris, 16 fév. 1859, S. 1860 2. 186; Cass. 11 juillet 1877, D. 1878. 1. 62). Un arrêt de la Cour de Cassation du 7 fév. 1831 (D. 1831. 1. 79) a même admis la prohibition indéfinie d'aliéner imposée au donataire. Il convient d'ailleurs de faire observer que les circonstances de l'espèce étaient particulièrement favorables à cette décision. Le disposant avait légué la quotité disponible à son enfant unique, à charge par celui-ci de la rendre à ses enfants. Il avait ajouté que si le légataire venait à aliéner les biens composant sa réserve légale, il serait privé de l'usufruit des biens substitués. La disposition prenait l'apparence d'une simple option plutôt que d'une clause tendant à paralyser la libre aliénation des biens.

Cette jurisprudence, telle que je viens de l'analyser, a été l'objet de vives critiques. J'en trouve dans le Répertoire de Dalloz, v° Disposition, n° 179, l'expression infiniment nette : « Tout ce qui est contraire au principe « de la libre circulation des biens a été regardé par le « législateur comme contraire à l'ordre public Sans « doute, à maintenir ce principe inflexible, on se montre « rigoureux en des hypothèses données ; mais comme « il est impossible de déterminer la limite des restrictions « qu'on réclame, il est préférable de maintenir une règle « sévère, mais uniforme; plutôt que d'ouvrir la porte à

« l'arbitraire variable et capricieux des tribunaux. » Ainsi l'ordre public s'opposerait à la validation de toute clause portant prohibition d'aliéner absolue ou relative, perpétuelle ou temporaire. L'ordre public, plus fort ici que la volonté des parties, au-dessus de la liberté du propriétaire, réprouverait absolument comme illicite toute intention de faire échec à la libre circulation des biens.

M. Bartin, dans son ouvrage déjà cité, a même frappé d'une qualification encore plus énergique les clauses dont s'agit : il les traite de juridiquement impossibles. M. Bartin a élargi la catégorie traditionnelle des conditions impossibles, en y comprenant, par une formule bien élégamment composée, outre les conditions prévoyant un acte juridique que ses termes rendent impossible, celles qui, sans imposer un acte juridique proprement dit, prétendraient assurer une situation de droit que rend impossible le jeu des principes généraux ou l'application des textes particuliers. Apparemment, le principe de l'aliénabilité des biens lui paraît un de ceux dont le jeu rend impossible la condition de ne pas aliéner.

La terminologie de M. Bartin est peut-être plus exacte que la terminologie courante. Mais a-t-il suffisamment justifié son éloignement pour la jurisprudence que je viens d'analyser, lorsqu'il se contente de dire que la clause d'inaliénabilité enferme une condition juridiquement impossible ? Est-ce que l'impossibilité juridique est si exactement définie, délimitée qu'il le prétend et nous convie à le croire ? Est-ce que la présente discussion ne se ramène pas à cette question : le principe de l'aliénabilité des biens est-il tellement absolu que

des intérêts sérieux et respectables ne le puissent mettre en échec? C'est à dire qu'une notion divergente de l'ordre public le sépare de la jurisprudence. Or l'ordre public n'est pas une catégorie inflexible, irréductible dans le temps. — On répondra que le législateur seul la peut modifier, que seul il peut allonger ou diminuer la liste des exceptions possibles à des principes qu'il a incontestablement dotés d'un caractère impérieux. Mais l'interprète, lui, ne le peut pas, et M. Bartin accuse la jurisprudence de sortir de son rôle, de vouloir imiter le préteur romain, dont l'*imperium* enfermait une portion du pouvoir législatif.

Je crois pouvoir justifier la jurisprudence de ces reproches. N'appartient-il pas en effet au pouvoir judiciaire, qui a l'interprétation de la loi, d'interpréter à l'occasion la notion variable de l'ordre public, lorsque le législateur a dressé, dans le domaine juridique, cette idée en obstacle à la liberté des volontés particulières? On dit qu'en l'espèce les exceptions que le législateur entendait permettre au principe de la libre circulation des biens, il les a lui-même fixées dans la théorie des substitutions permises et de la dotalité, et qu'il nous est interdit de les pousser plus loin. Je réponds qu'un propriétaire peut user de son bien comme il l'entend, sous réserve de ne pas contrevenir aux lois. Or les lois consacrent le principe de la libre circulation des biens comme un principe d'ordre public; partant, elles n'impriment à ce principe que la rigueur malléable, que l'inflexibilité relative de la notion d'ordre public. Et cette notion, le législateur la devait nécessairement laisser indéterminée, puisqu'elle fixait les droits variables de la société sur l'individu. Ne revient il pas aux tri-

bunaux d'en déterminer le contenu, pour ainsi dire, la mesure, et de ratifier la volonté des parties si elle leur paraît conciliable avec les droits de la société ? Ce n'est pas l'arbitraire que j'introduis ici dans la loi, mais je soumets le sens et la portée de la loi à leur interprète naturel, dont le rôle s'agrandit ici au point d'effrayer M. Bartin, mais s'agrandit selon la prévision même du législateur, puisqu'il ressort à sa fonction d'apprécier le caractère licite ou illicite d'actes juridiques que le législateur ne pouvait laisser que de lui soumettre.

Tout en repoussant, au nom des principes que j'ai dits, les décisions judiciaires qui approuvent les clauses d'inaliénabilité, M. Bartin a la prétention de ne pas laisser en souffrance les besoins et les intérêts auxquels cette jurisprudence a voulu satisfaire. Par une analyse nouvelle de la clause d'inaliénabilité, M. Bartin y voit une simple obligation personnelle de ne pas aliéner imposée par le donateur au donataire : lien d'un caractère personnel qu'il oppose au caractère réel de la condition de ne pas aliéner telle que communément on l'envisage. Sous cet aspect, la condition de ne pas aliéner se présente comme la charge d'une libéralité. Dès lors elle n'est plus juridiquement impossible, puisqu'elle se réduit à provoquer une pure abstention dont l'observation dépend du bénéficiaire. — On objectera peut-être que si l'aliénabilité des biens est un principe supérieur aux conventions privées, la faculté d'aliéner ne peut pas davantage se plier à la volonté des parties, et que toute clause qui y porte atteinte est également illicite. M. Bartin répond qu'aussi bien il ne valide la défense d'aliéner que si elle se réduit à l'exercice normal, à l'usage légitime de la faculté d'aliéner. Dans cette me-

sure, le tempérament qu'il propose est, suivant lui, certainement admissible. Est-ce qu'en effet une promesse unilatérale de vente n'oblige pas le promettant à ne pas aliéner la chose offerte pendant les délais convenus ? Et cependant le caractère licite de cette promesse est indiscuté.

Ce sens et cette portée nouvelle attachés à la prohibition d'aliéner servent à M. Bartin pour valider, sous réserve de conséquences différentes, les deux premières hypothèses où nous avons vu la jurisprudence sanctionner la clause d'inaliénabilité, comprise comme une charge réelle. Ces deux hypothèses, où ladite clause tend à garantir l'intérêt du disposant ou d'un tiers, paraissent à M Bartin présenter des cas d'exercice normal et régulier de la faculté d'aliéner. Que si la défense ne répond qu'au seul intérêt du gratifié, l'intérêt qui la dicte est nécessairement illicite, et il faut la frapper sans distinction ni hésitation. Elle tend, en ce cas, à ôter au gratifié la faculté d'aliéner qu'il ne saurait perdre ; tandis que, si la charge imposée tend au profit d'un autre que lui, il ne fait, en l'acceptant, qu'exercer normalement une faculté naturelle.

J'avoue ne pas voir clairement de raison de différence, eu égard à la validité de l'acte, entre le cas où quelqu'un abdique une faculté naturelle dans l'intérêt d'un tiers et le cas où cette faculté recevrait les mêmes atteintes dans le propre intérêt de la personne en cause. Je puis renoncer au droit naturel d'aliéner le bien dont vous me gratifiez, ou bien vous pouvez m'imposer de le conserver pour garantir un droit que vous vous réservez sur ce bien ou que vous conférez à un autre, et je ne pourrais pas m'imposer pareille charge en vue d'un revers pos-

sible, de malheurs futurs ! Cette abdication d'un droit naturel que je consomme dans l'intérêt d'autrui ne serait que l'exercice normal et régulier de ce droit, et j'aliénerais au contraire cette faculté inaliénable en y renonçant partiellement dans mon intérêt bien entendu ! Le jeu d'une faculté me semble quelque peu anormal et irrégulier qui va jusqu'à la consomption de cette faculté.

Au surplus, qui appréciera si la clause, dans les circonstances qui la déterminent, présente le caractère normal et régulier qui seul permet de la sanctionner ? Les tribunaux apparemment. Mais ce pouvoir que M. Bartin remet aux tribunaux me semble fort analogue à celui qu'ils se reconnaissent quand ils apprécient si une clause d'inaliénabilité réelle est licite ou non, à raison de certaines circonstances. L'esprit de la loi n'a pas, à vrai dire, ces limites scholastiques : elle n'a pas méconnu les besoins qui ont provoqué la jurisprudence que j'ai exposée, elle contient virtuellement cette jurisprudence elle-même.

M. Bartin a cru pouvoir donner satisfaction à ces besoins en respectant des principes selon lui incompressibles. Sa théorie a-t-elle bien la valeur pratique qu'il lui attribue ?

Nous avons vu qu'il laisse en souffrance un intérêt considérable, en refusant à une personne qui redoute la prodigalité de celui qu'elle veut gratifier tout autre moyen de précaution que la fâcheuse mesure du conseil judiciaire ou de l'interdiction. Mais même lorsqu'il porte les principes au secours du donateur ou d'un tiers que la clause d'inaliénabilité tend à protéger, les protège-t-il d'une protection bien efficace ? Nous la pourrons

apprécier et mesurer en considérant la sanction dont il garantit alors la défense d'aliéner. Ne manque-t-elle pas le but que s'est proposé le disposant ?

D'abord quelle est-elle ? La défense d'aliéner n'étant qu'une simple charge de ne pas aliéner apposée à la donation, si le donataire manque à l'exécution de cette charge, les art. 954 et 1046 C. c. ouvrent contre lui une action en révocation de la donation. Dès lors, lorsque la clause d'inaliénabilité sera conçue dans l'intérêt du disposant (1), celui-ci, en exerçant cette action, recouvrera les biens donnés libres de toutes charges du chef du donataire. Il jouit ainsi, quant à lui, d'une garantie identique à celle qui résulterait de la clause d'inaliénabilité conçue comme réelle et sanctionnée par la nullité de l'aliénation consentie au mépris de la prohibition. Mais cette action n'appartiendra pas aux héritiers du donateur, « à moins que la défense d'aliéner ne « dût lui survivre ou que, l'aliénation qui l'enfreint « ayant eu lieu pendant la vie du disposant, celui-ci en « eût différé l'exercice, et que d'ailleurs cette action, née « en sa personne, ne fût déjà éteinte ni par la prescrip- « tion trentenaire ni par une renonciation expresse « émanée de lui (2) ». Les créanciers du donateur ne l'auront que dans la mesure de l'art. 1166 C. c. — Elle n'appartiendra pas aux ayant-cause du donataire. Pour prendre une hypothèse qui a été déférée à la jurisprudence, un créancier hypothécaire du chef du donataire, dont le droit est né après que la défense d'aliéner et d'hypothéquer a pris fin, ne pourra pas se prévaloir de

(1) L'acte de disposition est, dans ce cas, nécessairement entre vifs.
(2) Bartin, *Théorie des condit. imposs......*, p. 186.

la clause pour primer un créancier hypothécaire dont le droit aurait été constitué au mépris de cette défense. (Cass., 20 avr. 1858, S. 1858, 1, 519).

Quid dans la seconde hypothèse, celle où la clause d'inaliénabilité est écrite en faveur d'un tiers ?

Le droit de révocation comporte les mêmes effets que dans les cas précédents. Mais il peut se présenter que la défense d'aliéner ait été adressée à l'héritier. Il se trouve alors obligé envers lui-même, partant il n'a aucune révocation à redouter. Que s'il a des cohéritiers, ceux-ci pourront bien, dans la mesure de leur part héréditaire, intenter l'action en révocation : mais ils peuvent n'y avoir aucun intérêt matériel. Si la défense est adressée à un légataire, il se peut encore que l'héritier ou les héritiers n'aient pas d'intérêt pécuniaire à poursuivre la révocation de la donation en cas de manquement à la clause ; leur abstention est possible. En tous cas, le tiers intéressé est à leur discrétion, à moins qu'une clause pénale n'ait été ajoutée en sa faveur. Cette clause pénale est l'unique ressource pour donner au tiers un moyen personnel d'action. — Lorsque la disposition est entre vifs, le tiers peut avoir été mis en cas d'invoquer l'action en dommages et intérêts de l'art. 1121 C. c.

Ainsi, dans le cercle trop étroit des intérêts que M. Bartin prétend protéger, la garantie qu'offre son système peut manquer absolument, et elle est comme anémique quand elle existe. Une clause pénale, une action en dommages et intérêts s'évanouissent devant l'insolvabilité du débiteur. Est-ce là ce qu'avait voulu le disposant ? En formulant une clause d'inaliénabilité, n'avait-il pas entendu frapper toute contravention à

cette clause d'une nullité absolue, invocable par tout intéressé ? Est-ce qu'en un mot il n'avait pas entendu marquer les biens désignés d'une condition juridique spéciale, affectant, entre les mains du détenteur, les conditions normales du droit de propriété d'une charge réelle avec toutes les conséquences de droit. La jurisprudence a sanctionné cette volonté. J'ai dit les raisons pour lesquelles je souscris à ses décisions. Je comprends sans doute qu'on répugne à la suivre, mais alors est-il pratiquement utile de flatter la volonté du disposant d'une prétendue satisfaction conforme aux principes, lorsqu'en vérité on la trahit ?

II. Je l'ai déjà maintes fois noté, la clause d'inaliénabilité entraîne pour conséquence naturelle, logique et légale l'insaisissabilité des biens qu'elle frappe. Les créanciers du donataire, quels qu'ils soient, ne sauraient exercer un droit qui n'appartient pas à leur débiteur, lequel ne peut être admis à faire par autrui ce qu'il ne lui est pas permis de faire lui-même. Autrement, par une collusion trop facile, il pourrait rendre vaines les sages précautions prises dans son intérêt propre, ou celui d'un tiers ou celui du donateur. Ce n'est nullement étendre la clause en question que de considérer les biens qui en sont frappés comme insaisissables, puisque la saisie suivie d'expropriation n'est qu'une aliénation véritable, quoiqu'elle soit involontaire et forcée.

Mais l'insaisissabilité se conçoit sans l'inaliénabilité, elle peut être formulée séparément, isolément Elle tend alors seulement à soustraire les choses données aux voies d'exécution forcée et à la mainmise des créanciers, auxquels le donateur n'a d'ailleurs causé aucun dom-

mage en gratifiant sous cette loi le donataire d'objets auxquels ce dernier et ses ayant-cause n'avaient rien à prétendre. On ne peut reprocher à l'insaisissabilité de faire sortir du commerce des biens donnés sous cette condition, puisque la chose déclarée insaisissable n'en demeure pas moins aliénable. Son admission ne prête plus aux mêmes objections des principes de l'économie politique.

Cette clause se présente en opposition directe avec l'article 2092 C. c. Elle en est la négation, elle est comme le type des exceptions que j'étudie. Elle vient ainsi heureusement comme la dernière expliquée du groupe que j'ai défini en premier lieu.

La clause d'insaisissabilité, à la différence de la prohibition d'aliéner, est prévue explicitement par la loi. L'art. 581 C p. c. proclame insaisissables les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur, par exemple une rente viagère constituée à titre gratuit (art. 1981 C. c.). Ces sommes et rentes ne peuvent être saisies par les créanciers antérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs. (Art. 582 C. p. c.) Le plus souvent, en effet, c'est pour les prêts et les fournitures qu'ils ont faits à la personne et la facilité qu'ils ont eue à contracter avec elle que celle-ci a dissipé son patrimoine et que ses parents et amis se portent à lui donner, pour la préserver de la misère. D'ailleurs cette rente ou cette somme n'étant pas dans les biens de leur débiteur, au moment où ils ont traité avec lui, ils ne peuvent pas dire qu'ils l'ont fait dans l'espérance d'être payés sur cet objet, et le bienfaiteur ne leur fait aucun tort. Mais les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs

peuvent saisir les biens dont s'agit, en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il détermine. (Art. 582 C. p. c.) La loi a considéré que ces créanciers, voyant leur débiteur jouir d'un certain revenu et ignorant l'insaisissabilité, ont pu traiter avec lui d'après l'état de fortune que supposait ce revenu, et qu'il n'était pas juste qu'ils souffrissent de ce que ce débiteur, abusant de leur ignorance, a excédé les limites de ses ressources. Mais comme ils ne peuvent saisir qu'en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, c'est à lui de peser les circonstances : il doit se guider d'après le plus ou moins de bonne foi du débiteur et favoriser les créanciers de bonne foi plus que ceux qui, par leurs prêts ou fournitures excessifs, ont facilité au débiteur les moyens de se ruiner.

L'exception posée par les articles 581 et 582 C. p c. à la saisissabilité des biens ne concerne textuellement que les meubles. Mais la jurisprudence a étendu ces dispositions et permis d'apposer au legs ou à la donation d'immeubles une clause d'insaisissabilité (Cass., 10 mars 1852, Sir., 1852, 1, 345; Cass., 20 décembre 1864, Sir., 1865, 1, 9). Cette clause est sans effet à l'égard des créanciers postérieurs à la libéralité conditionnelle, mais elle sera pleinement opposable aux créanciers antérieurs.

Le droit de propriété implique en effet pour le propriétaire le droit de disposer librement de ses biens, et sa volonté est toute puissante tant qu'elle ne se trouve pas en contradiction avec la loi ou les mœurs. Or lorsqu'un donateur ou un testateur, dans le but de secourir un débiteur malheureux, entend lui faire don d'une portion libre et disponible de ses biens, nulle part la loi ne lui défend de mettre à sa libéralité la condition

que les biens actuellement donnés ou légués ne répondront pas des dettes du gratifié antérieures à la donation ou à l'ouverture du legs. Bien mieux l'art. 581 C. p. c., à l'égard des sommes ou objets disponibles, affirme la validité de cette clause. Pourquoi serait-elle inefficace lorsque les biens donnés ou légués sont des immeubles ? Pourquoi un propriétaire aurait-il des droits plus étendus sur sa fortune mobilière que sur sa fortune immobilière ? Pour rester dans les termes mêmes de la disposition expressément autorisée par la loi, il suffira au donateur de vendre ses immeubles et d'en donner ou léguer le prix avec clause d'insaisissabilité. Faut-il croire que la loi serait mieux respectée par ce détour ingénieux ?

J'ai dit que les créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs ne se verront pas opposer ladite clause. Il est en effet manifeste que si la condition d'insaisissabilité doit être déclarée valable, non seulement à l'égard des meubles, mais aussi à l'égard des immeubles, la restriction établie par la loi (art. 582 C. p. c.) quand il s'agit d'objets mobiliers, doit être également étendue aux objets immobiliers. Je ne saurais donc souscrire à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1863 (D. 64. 1. 494) qui a déclaré opposable, même aux créanciers postérieurs à la donation, une clause d'insaisissabilité stipulée à l'égard d'immeubles dans l'intérêt du donateur.

Les créanciers antérieurs seuls seront atteints par la condition, et ils ne sauraient en alléguer aucun préjudice. Car, ainsi que je l'ai dit plus haut, un créancier, au moment où l'obligation se forme, ne peut raisonnablement compter, parmi ses garanties futures, que les biens que le débiteur acquiert par son industrie, ou ceux

sur lesquels il peut avoir un droit de réserve. Quant à dire que l'art. 2092 C. c. pose un principe absolu, auquel il ne faudrait admettre que les exceptions explicitement contenues dans la loi, c'est résoudre la question par la question. En vain ajouterait-on que la morale proteste contre la situation d'un créancier dans la misère à côté de son débiteur dans l'opulence. Il est facile de répondre qu'une grande fortune mobilière insaisissable présente identiquement les mêmes contrastes. Au surplus, le régime dotal ne permet-il pas à un mari obéré de dettes de vivre largement des revenus dotaux de sa femme ?

La jurisprudence, en étendant aux immeubles la disposition de l'art. 581, 3° C. p. c. ne la leur a pas, d'après les solutions que j'ai exposées, appliquée dans toute sa largeur. Elle n'a pas réservé, comme préalable à la saisie des créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, la permission du juge et son pouvoir de déterminer les causes de la saisie. Je pense qu'elle a cédé à cette règle d'interprétation que, la clause d'insaisissabilité étant illicite en principe, il ne convenait pas d'étendre les dispositions qui l'autorisent par exception au-delà des exigences de la nécessité logique.

Cette pratique a rencontré dans la doctrine à peu près les mêmes adversaires qui combattent celle de la condition d'inaliénabilité. J'en ai par avance réfuté les objections. Mais je voudrais m'arrêter sur la glose de M. Bartin, dont le livre est si suggestif.

Il réprouve la condition d'insaisissabilité avec la même énergie dont il a frappé la condition de ne pas aliéner, mais en outre il essaie de bâtir sur les ruines qu'il a accumulées et il inaugure une théorie nouvelle de la condition d'insaisissabilité, fondée sur les mêmes idées

que son système sur la clause d'inaliénabilité. Celle-là ne serait plus l'attribution d'une qualité juridiquement impossible ou illicite aux biens désignés, mais l'imposition d'une charge au propriétaire de ces biens, donataire, héritier ou légataire, obligation de ne point encourir la saisie desdits biens. La sanction en serait une action en révocation telle que nous l'avons vue fonctionner à l'égard de l'obligation de ne point aliéner. Cette obligation de ne point encourir la saisie des biens affectés par la clause se ramène à la promesse par le donataire que ses créanciers ne saisiront pas ces biens, c'est-à-dire à la promesse personnelle du fait d'autrui, formellement autorisée par l'art. 1120 C. c.

On objectera peut être que la faculté pour une personne de s'obliger envers autrui, d'engager ses biens en garantie des droits de ses créanciers est un élément de l'ordre public aussi supérieur aux conventions privées que le principe de la saisissabilité des biens. M. Bartin écarte cette objection comme, dans sa théorie de la clause d'inaliénabilité, il a écarté l'o jection tirée du caractère impératif de la faculté d'aliéner. Cette renonciation à la faculté d'offrir tels de ses biens en gage de ses dettes pourra n'être, suivant les circonstances, que l'usage normal de la faculté de s'obliger, du principe même de l'art. 2092 C. c., tout comme la défense d'aliéner est elle-même valable dans les limites où elle implique l'exercice régulier et non la suppression de la faculté d'aliéner. Les juges apprécieront, décideront d'après ce critérium.

Je me contenterai de remarquer, sans plus ample insistance, qu'il m'est impossible de voir dans la théorie de M. Bartin plus de fixité ni de rigueur que dans la jurisprudence. Toutes les objections que j'ai faites avec

détail à sa théorie de la condition de ne pas aliéner se retrouvent contre sa théorie de la clause d'insaisissabilité. Puisque la rigueur juridique, la précision doivent passer en première ligne, je n'hésite pas à dire que la jurisprudence se recommande mieux de ces qualités, au moins dans les dispositifs de ses jugements qui se détachent incontestablement en arêtes vives et saillantes.

Les applications de la condition d'insaisissabilité se réduisent, dans notre droit civil, aux espèces que j'ai analysées. La législation des Etats-Unis (1) en a bien autrement étendu le domaine par une institution de formation récente dont l'idée générale se peut résumer ainsi : à certaines conditions déterminées, les Constitutions et les statuts mettent à l'abri de la poursuite des créanciers, de la saisie et de la vente forcée, certains immeubles occupés à titre de demeure par le débiteur et sa famille, qui constituent le *Homestaed*. Des économistes distingués (2) réclament l'importation en France de ce système des exemptions de saisie en faveur du foyer domestique. Les Américains le considèrent, paraît-il, comme l'une des institutions fondamentales de leur démocratie. C'est assez marquer d'avance l'intérêt de ce que j'en vais écrire.

Les *Homestaed-exemption laws* tirent leur origine

(1) L'institution des *homestaed-exemption laws* a été inaugurée en 1839 par la république du Texas. Elle a été adoptée en 1849 par le Vermont et ensuite par tous les Etats et territoires de l'Union américaine, à l'exception de quatre. La Louisiane qui, au lieu de la *Common law*, a le Code Napoléon pour base de sa législation, l'a introduite en 1883. Le Parlement canadien, en 1878, l'a naturalisée dans les territoires du nord-ouest sous le nom français de *bien de famille*.

(2) Voy. *Journal des Economistes*, mars 1887.

de l'esprit même du peuple américain, de son respect de l'indépendance individuelle, de son sentiment du caractère sacré de la maison (*home*), comme aussi des conditions où il est placé et qui lui font une nécessité de stimuler par tous les moyens les efforts du colon et de l'émigrant, ainsi encouragés par la certitude de la sécurité en cas de mauvaise fortune. Les économistes et les philosophes relèvent les bienfaits sociaux de l'institution : stabilité des familles, développement de l'esprit d'initiative et d'entreprise qui ne craint plus de compromettre les ressources de première nécessité, maintien des cadres de culture, tout cela sans aucune gêne de la faculté d'aliéner. Sans doute, on conteste ces avantages et l'on accuse le *homestaed* de conduire le paysan à la culture routinière, de le détourner de la culture intensive, de détruire le petit crédit hypothécaire et de n'être ainsi favorable ni à l'extension de la famille ni à celle du crédit. Mais le juriste et le praticien ne pourront s'empêcher d'y voir l'avantage, plus modeste mais certain, de garantir la famille et les enfants des conséquences des fautes du chef de famille dans la gestion du patrimoine, en leur assurant à tout événement un asile et des ressources.

Je dirai sur cette institution, en m'efforçant d'être net, précis et bref, à quelles conditions est subordonnée l'insaisissabilité qu'elle consacre ; à quels biens celle-ci peut s'appliquer ; quel doit être le droit du débiteur sur ces biens ; quelles personnes peuvent se prévaloir de l'*exemption* ; quels en sont les effets ; comment elle prend fin.

Si j'ai rattaché les *homestaed-exemption* aux dérogations que la volonté de l'homme peut apporter à la

règle « Qui s'oblige oblige le sien », c'est que la volonté, l'intention d'imprimer à tel immeuble la qualité et les caractères du *homestaed*, est une condition indispensable pour l'en revêtir. Dans certains territoires, (notamment dans le Connecticut, la Floride, la Louisiane), cette volonté sera suffisamment manifestée par les circonstances de fait ; dans d'autres, elle devra s'accompagner de formalités, de déclarations sur un registre tenu à cet effet (*homestaed-book*) au greffe du comté ou de la Cour de la situation des immeubles. Les déclarations contiendront une description exacte des biens affectés au *homestaed*. — Une autre condition est nécessaire à la constitution de biens insaisissables, condition toute matérielle, à savoir la résidence réelle, effective et définitive de la famille sur les biens déclarés.

Le privilège qui protège le *homestaed* s'attache à des étendues et à des valeurs de terrains variables suivant les Etats. Au Texas, dans la Géorgie, la Californie, par exemple, la jurisprudence est fort libérale : elle prémunit contre les voies d'exécution le comptoir, le magasin, le cabinet de travail. Les cours d'Iowa sont plus sévères. Presque nulle part, l'insaisissabilité ne s'attache aux bâtiments employés uniquement à une exploitation industrielle ou commerciale. — En cas de prétention excessive, si les biens sont partageables, le surplus est livré aux créanciers qui le peuvent saisir et vendre ; s'ils sont impartageables, la totalité est mise en vente et la partie du prix privilégiée est conservée au débiteur. — En certains Etats, des considérations tirées de l'intérêt de l'agriculture permettent de soustraire à la saisie une étendue de terrain plus considérable à la campagne qu'à la ville. — Les terrains constitués en

homestaed doivent, dans quelques territoires, comme l'Illinois, embrasser une surface ininterrompue ; en d'autres, comme la Californie, ils peuvent être formés de parcelles séparées, mais qui toutes doivent être exploitées par la famille.

De droit commun, on peut constituer en *homestaed* un droit quelconque qu'on a sur un immeuble, propriété, usufruit, bail. Certains Etats, comme le Massachusets, vont jusqu'à comprendre dans les termes de la loi sur l'insaisissabilité toute personne ayant sur le sol un intérêt quelconque qui, étant dans le commerce, soit susceptible de vente sur saisie. Incontestablement, le droit d'*homestaed* ne peut être acquis ni sur un immeuble confié à titre précaire, ni sur les biens d'une société, ni enfin sur ceux compris dans un legs, au moins en ce qui concerne les créanciers héréditaires. En cas de copropriété, certains territoires admettent chacun des communistes à acquérir un *homestaed* sur sa part indivise ; d'autres ne l'y admettent point, par la raison que la loi n'a pas indiqué comment le *homestaed* de chacun des copropriétaires serait distinct et séparé de celui des autres. Au Texas, il est fort raisonnablement décidé que l'on peut acquérir sur le bien commun, avec le consentement du copropriétaire, un privilège opposable à tout le monde, excepté ce dernier.

Le droit de constituer un *homestaed* appartient à tout chef de famille, lequel peut être une femme aussi bien qu'un homme, un père vivant avec sa femme et ses enfants ; un célibataire vivant avec sa mère et ses sœurs ; une mère de plusieurs enfants naturels ; en un mot une personne ayant la charge naturelle et morale d'autres personnes.

Le droit d'*homestaed* soustrait à la saisie et à la vente forcée les immeubles sur lesquels il porte, mais il n'affecte et n'altère ni le titre, ni la nature, ni le mode d'exercice de la propriété, comme fait la substitution. Lesdits immeubles restent aliénables. Cependant si le titulaire est un homme marié, sa femme peut s'opposer à l'aliénation ou la soumettre à une condition de remploi. — La récolte annuelle est insaisissable comme l'immeuble même. — En Pensylvanie et à New-York, les obligations nées d'un délit ou quasi-délit sont exécutoires sur le *homestaed*. Autrement en est-il dans la Caroline du nord, l'Illinois et le Wisconsin où cette solution est considérée comme contraire à la pensée du législateur qui a entendu protéger la famille du débiteur tout autant que ce dernier lui-même. En certains Etats, le *homestaed* n'est pas affranchi de la vente forcée pour le paiement des dettes antérieures à son acquisition. Presque partout, la créance du vendeur, celle de l'ouvrier qui a réparé ou amélioré les biens insaisissables, celle de l'Etat (l'impôt) ont le pas sur le droit de *homestaed*.

Le privilége du *homestaed* prend fin dès que les conditions de son existence viennent à être contredites, c'est-à-dire quand cesse chez le chef de famille la volonté d'y fixer le foyer des siens Ce qui aura lieu : 1° en cas d'aliénation des immeubles privilégiés ; 2° en cas de consentement sur ces biens d'un droit de *mortgage* au profit d'un tiers ; 3° en cas de délaissement ; 4° en cas de renonciation.

CHAPITRE VI.

Clauses de responsabilité limitée en matière de société.

J'aborde le second groupe des exceptions à l'art. 2092 C. c. Des personnes contractant ensemble affectent leurs conventions d'une modalité qui déroge à la règle de ce texte.

Je rencontre en premier lieu les clauses de responsabilité limitée en matière de société.

Je supposerai d'abord une société civile, c'est-à-dire dont les opérations ne sont pas des actes de commerce, par exemple une société d'exploitation de mines. Les associés y sont, de droit commun, tenus *pro parte* de toutes les dettes et charges sociales et sur tous leurs biens, art. 1862, 2092 C. c.

Cependant le principe supérieur de la liberté des conventions permet aux parties de fixer autrement la répartition des pertes. L'art. 1855 al. 2 C. c. leur interdit seulement de dispenser un associé de toute contribution aux dettes. L'une d'elles peut dès lors stipuler qu'elle n'en sera point tenue au-delà de sa mise. La validité de la clause se déduit des termes mêmes de la prohibition formulée par l'art. 1855, qui

s'oppose seulement à ce que les effets engagés dans le fonds social soient stipulés affranchis des pertes éventuelles de l'association. Mais il convient de préciser la portée de cette dérogation.

Or il faut remarquer aussitôt que la clause dont s'agit n'en laisserait pas moins l'associé qui l'a stipulée obligé envers les créanciers de la société jusqu'à concurrence de sa part virile. Ceux-ci ne sont pas obligés de savoir quelle part a chacun des associés dans la société. Toutefois il en serait autrement s'il était dit dans l'acte constitutif de la société que l'associé ne sera pas tenu au-delà de sa mise envers les tiers, et que cette clause eût été communiquée à ceux envers qui la société s'est obligée : ceux-ci s'y seraient soumis par un consentement tacite. La position du stipulant serait alors complètement analogue à celle des membres d'une société commerciale en commandite et l'exception à l'art. 2092 C. c. serait plus énergique encore.

Bien plus, les associés qui constituent une société civile ne peuvent-ils pas adopter une des formes des sociétés organisées par le Code de commerce ? Ne peuvent-ils pas lui emprunter la forme en commandite ou anonyme et écarter ainsi le principe « Qui s'oblige oblige le sien » dans la même mesure que les associés d'une société commerciale ?

L'opinion générale leur concède cette faculté. Le principe que je rappelais tout a l'heure, celui de la liberté des conventions, conduit en effet à décider que les parties qui forment une société ont le droit de lui donner la forme qu'il leur plaît de choisir. Il n'en serait autrement que si le législateur avait expressément interdit d'adapter aux sociétés civiles les modes d'associa-

tion particulièrement usités pour les affaires commerciales. A cet égard, l'article 1er de la loi du 23 mai 1863 pouvait paraître avoir réservé aux sociétés commerciales la forme des sociétés à responsabilité limitée : « Il peut « être formé, disait-il, sans l'autorisation exigée par l'art. « 35 C. com., des sociétés *commerciales* dans lesquelles « aucun des associés n'est tenu au-delà de sa mise. » Mais il a été abrogé par l'art. 47 de la loi du 24 juillet 1867. Ajoutez que l'art. 8 de la loi du 20 avril 1870 suppose une société de mines dont le capital est divisé en actions; que la loi du 5 juin 1850 soumet au timbre proportionnel tout certificat d'action dans une société civile. En outre les sociétés à capital variable, qui sont souvent des sociétés civiles, peuvent être en commandite ou anonymes. Enfin dirai-je que les opérations, plus d'une fois considérables, poursuivies par une société civile exigent une quantité de capitaux que l'application des règles du Code civil ne permettrait pas de réunir. — Vainement objecterait-on (1) que toute société civile soumet nécessairement les associés à l'obligation personnelle. C'est là une pure pétition de principe, puisque le caractère commercial dépend de l'objet de la société et non de sa forme.

Pour emprunter la forme commerciale, les sociétés qui ont pour objet des opérations civiles n'en demeurent pas moins civiles, et partant non justiciables des tribunaux de commerce, non susceptibles d'être déclarées en faillite (Cass., 27 mars 1866, D. 66, 1, 428). Ces caractères sont propres aux personnes faisant profession habituelle d'exercer des actes de commerce (art. 1er C. comm.).

(1) Delangle, *Sociét. comm.*, t. II, n° 424.

Mais elles deviennent personnes morales (Cass., 3 avril 1868, D. 68, 1, 225) ; mais elles devraient, à mon sens, être régies par les dispositions restrictives et pénales édictées par la loi de 1867, lesquelles se justifient par la forme des sociétés et non par la nature de leurs opérations. Voyez contra Cass., 28 nov. 1873, D. 74, 1, 441.

Passons aux sociétés commerciales. On en distingue trois espèces : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme (Code com., Titre des Sociétés ; loi du 24 juillet 1867).

Dans la société en nom collectif, tous les associés sont tenus indéfiniment et même solidairement entre eux des dettes sociales. L'art. 2092 C. c. y fonctionne dans toute sa portée. Tout autrement en est-il dans les deux autres espèces de sociétés.

La société anonyme l'écarte au profit de tous les associés qui ne sont jamais tenus au-delà de leur mise. Je crois même dégager un des points de vue économiques qui en expliquent et en soutiennent le développement, en présentant son organisation comme répondant au besoin impérieux d'écarter la règle « Qui s'oblige oblige le sien » dans un acte donné de la gestion du patrimoine. Le détenteur de capitaux veut bien en confier une partie déterminée aux hasards d'une grande entreprise commerciale, mais il entend limiter ses risques à un chiffre donné, quelle que soit l'issue de l'entreprise. La société anonyme recevra le capital aventuré sans exposer autrement la responsabilité du souscripteur. Bentham, dans son Manuel d'économie politique (1),

(1) Bentham, *Principes de législation et d'économie politique*, Guillaumin 1888, page 112.

réclamait au nom de ces besoins pour l'Angleterre une loi qui admît la responsabilité limitée en matière commerciale. Il provoquait ainsi un progrès législatif que toutes les nations commerçantes ont réalisé.

La société en commandite comprend deux espèces d'associés : les uns dits commandités, qui sont obligés indéfiniment et solidairement sur tous leurs biens ; les autres dits commanditaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de leur mise dans la société, à la manière de tout associé dans une société anonyme.

Quelles sont les conditions de la responsabilité limitée dans les deux espèces de sociétés ?

La société anonyme est toujours constituée au moyen d'un capital divisé en actions ; la société en commandite peut être par intérêt ou par actions.

Quelles obligations pèsent sur les actionnaires d'une société anonyme ? Ils sont tenus de verser le montant de leur souscription. Mais d'ordinaire le versement intégral de la somme promise n'est pas immédiatement exigé. On ne veut pas écarter les spéculateurs dont l'intervention est presque indispensable au classement des actions. Puis la rémunération du capital est d'autant moins lourde à la société qui, d'ailleurs, n'a pas besoin au début de la totalité des sommes auxquelles elle fait appel. Enfin, il est possible que le capital social serve seulement de fonds de garantie destiné à réparer les pertes accidentelles.

Le souscripteur reste obligé au surplus envers la société. Mais peut-il être poursuivi par les créanciers sociaux ? Ceux-ci, sur la cessation de paiements de la société, peuvent-ils s'adresser à lui ? Incontestablement l'action oblique de l'art. 1166 C. c. leur compète. Mais

la jurisprudence leur accorde même une action directe. Avant la loi du 17 juillet 1856, ils y trouvaient l'avantage de porter leur action devant les tribunaux au lieu de subir l'arbitrage forcé. Le profit s'en réduit depuis lors à pouvoir repousser les moyens de défense que les actionnaires seraient en droit d'opposer à la société, par exemple une exception tirée du dol commis dans la souscription des actions. Vainement objecterait-on à cette jurisprudence que les créanciers n'existaient pas encore quand les souscripteurs se sont obligés. Il est facile de répondre que les administrateurs ont pu les engager dans la mesure où ils s'étaient obligés. Ajoutez que les actionnaires ont explicitement promis au public leur garantie pour le montant de leur souscription.

Les actions une fois libérées du quart, sont négociables (art. 2 de la loi du 24 juillet 1867). Mais l'aliénation d'une de ces actions par le souscripteur ne le laisse pas moins personnellement tenu du paiement de l'excédent : un débiteur ne peut, sans le consentement de son créancier, se substituer quelqu'un dans son obligation. En même temps, comme la conversion au porteur des actions rendrait introuvables les souscripteurs, celles-ci doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération. Cependant, à ne point admettre de tempérament à la rigueur de ces principes, on eût découragé les souscripteurs et les spéculateurs, exposés à se voir poursuivre après que, depuis de longues années, ils auraient aliéné leurs actions. Ç'avait été l'un des défauts de la loi de 1856, et la loi de 1867 a cherché à le corriger.

Son article 3 maintient virtuellement en principe les règles précédentes ; il oblige en outre les concession-

naires intermédiaires. Mais il atténue ces responsabilités diverses sous certaines conditions. Ce sont : 1° qu'une clause des statuts réserve à l'Assemblée générale la faculté d'autoriser la conversion des titres nominatifs en titres au porteur ; 2° que toutes les actions aient été libérées de moitié ; 3° que l'assemblée générale approuve l'application de la clause. Le concours de ces conditions ne libère pas d'ailleurs immédiatement les souscripteurs et les cessionnaires. La loi appréhende que, par une entente frauduleuse, la conversion des titres ne soit votée dans le but de sortir d'une société dont les affaires périclitent. Aussi décide-t-elle que c'est seulement après deux ans depuis la délibération de l'Assemblée générale que lesdits souscripteurs et cessionnaires seront entièrement dégagés. Jusqu'à ce moment, la société ou, le cas échéant, ses créanciers pourront donc poursuivre tous souscripteurs et cessionnnaires *qui étaient obligés au moment de la délibération de l'assemblée.* Quant aux cessionnaires qui ne sont devenus tels que postérieurement, ils n'endossent point l'obligation de leur cédant : le titre seul est débiteur, de telle sorte que le droit de la société se borne à faire vendre le titre si le versement n'est pas complété.

Ces explications me mettent en mesure de préciser davantage les caractères de la responsabilité des actionnaires d'une société anonyme. L'obligation assumée par un souscripteur se présente comme personnelle, exécutoire sur tous ses biens. L'étendue en est, d'ailleurs, quoi qu'il advienne, limitée au montant de la souscription. La libération intégrale de l'action change la nature de ladite obligation, qui devient alors *propter rem :* les créanciers sociaux ne peuvent se venger que sur le

fonds social ; l'actionnaire rompra tout lien avec eux par l'aliénation ou l'abandon de son droit. Même résultat produit, après deux ans, par le concours des conditions déterminées par l'art. 3 de la loi de 1867. Quant au cessionnaire, si l'action qu'il a acquise est incomplètement libérée, il devient débiteur personnel de l'excédent, comme le souscripteur, à moins que son acquisition ne soit postérieure à la délibération de l'assemblée approuvant, d'après les statuts, la conversion des actions nominatives en actions au porteur. En ce cas, comme aussi si l'action est entièrement libérée, il n'est obligé que *propter rem* aux dettes et charges de la société.

Ce que je viens de dire concernant les actionnaires d'une société anonyme s'applique aux actionnaires d'une société en commandite, art. 24 de la loi de 1867.

Dans la société en commandite par intérêt, les commanditaires ne sont également tenus que dans la limite de leur apport. Mais, dans cette mesure, ils sont toujours personnellement tenus sur tous leurs biens. Et ce caractère comparé de l'obligation des deux espèces de commanditaires marque à mon sens un des traits essentiels de la différence entre l'action et l'intérêt.

J'ai rapproché, à raison de la limitation analogue de leur responsabilité, la situation du commanditaire et de l'associé dans une société anonyme. Mais les deux situations diffèrent par un trait capital qui mérite toute l'attention.

L'actionnaire d'une société anonyme ne peut jamais se trouver tenu au-delà de sa mise de fonds. Or il n'en va pas de même des commanditaires, qui peuvent perdre

le bénéfice de la responsabilité limitée et devenir obligés indéfiniment s'ils transgressent les conditions auxquelles est subordonnée la faveur de leur situation. Cela marque d'un cachet singulier et curieux cette exception apportée par la volonté de l'homme au droit commun de l'art. 2092 C. c., qui disparaît si la personne en cause sort des limites d'action que le contrat souscrit par elle lui impose, si elle outrepasse ses droits dans l'administration de la société en commandite.

Le commanditaire ne doit prendre aucune part à la gestion de la société. Le motif de cette régle dérive d'intérêts de la plus haute importance. Les commanditaires ne sont tenus tant au point de vue de la contribution que de l'obligation aux dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur mise. Au contraire les associés en nom, les commandités engagent tous leurs biens en garantie des obligations qui grèvent la société. Dès lors à ces derniers seuls doit appartenir la direction souveraine, en vertu du grand principe que là où est la responsabilité, là doit être la direction. D'autre part, il importe au plus haut point que les tiers ne puissent être induits par de fausses apparences à prendre les simples commanditaires pour des associés personnellement responsables et compter ainsi mal à propos sur les garanties qu'offrirait leur solvabilité.

Il est ainsi nécessaire de préciser les caractères de l'acte de gestion, de marquer la limite où commence l'immixtion défendue aux commanditaires. Suivons dans ce dessein les divers actes possibles de la part d'un associé commanditaire dans leur progression ascensionnelle vers l'acte d'immixtion caractérisé.

Et d'abord le commanditaire agissant comme tiers,

pour son compte personnel, pourra librement faire avec la société toutes transactions, comme il pourrait faire avec tout autre maison de commerce (avis du Cons. d'Etat du 29 avril 1809). Ainsi ferait un actionnaire qui, en même temps créancier de la société dont il fait partie, avancerait les fonds nécessaires pour payer les fournisseurs et pour faciliter l'exploitation de l'entreprise (Paris 2 août 1842 D. Jur. gen. *Sociétés*, 1358-2°); ou bien encore un associé commanditaire qui se serait rendu garant d'un compte ouvert à la société par une maison de banque (Riom 14 janvier 1862 D. 1862. 2. 183).

Maintenant, en leur seule qualité d'associés et sans sortir de leurs droits, les commanditaires peuvent participer aux délibérations se rapportant à l'organisation de la société ou à sa dissolution. Ils peuvent faire partie des assemblées générales. Ce droit leur est même formellement reconnu par la loi, dans les sociétés en commandite par actions, pour les assemblées préalables à la constitution définitive de la société. Ils peuvent participer aux modifications reconnues nécessaires dans l'organisation primitive de la société, par exemple aux délibérations sociales tendant à changer le système des opérations de la société (Paris 23 juillet 1828 D. Jur. gen. *Sociétés*, 1365-1°). Ils peuvent se réserver dans l'acte social le droit de dissoudre la société. Un arrêt de la cour de Poitiers du 30 janvier 1867 (D. 67. 2. 142) a même jugé que des commanditaires n'avaient fait qu'user de leur droit en devançant, d'accord avec le gérant, l'époque fixée pour la dissolution de la société et en lui cédant de bonne foi toutes les actions représentant le capital social.

Les commanditaires ne doivent pas être considérés

comme se livrant à des actes de gestion prohibée lorsqu'ils prennent part à des délibérations concernant la gérance nomination ou remplacement du gérant (Cass. 23 mars 1846, D. 46. 1. 308 ; Cass. 30 avril 1862, D 62. 1. 527 ; Trib. com. Seine 22 juin 1840, D. Jur. gén. *Sociétés*, 1366-1°).

Ne sont pas d'avantage des actes d'immixtion les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance des opérations du gérant (art. 28, al. 2, C. com. ; Loi du 24 juillet 1867 art. 10 et 12 ; Rouen 9 juin 1875 D. 75. 2. 205). Les commanditaires peuvent impunément par exemple inspecter les livres, écritures, ateliers et magasins de la société (Colmar 4 fév. 1819, D. Jur. gén. *Sociétés*, 1361-1°) ; vérifier le livre de caisse et la caisse elle-même (Bordeaux 7 juin 1842, D. Jur. gén. *Société*, 1361-3°). Ils peuvent créer parmi eux un comité de surveillance auprès du gérant (Cas. 13 nov. 1844, D. Jur. gén. *Société*, 1361-4°). Ils ne dépassent pas la limite de leur droit en demandant aux gérants compte de leur administration. En conséquence, l'assemblée générale des commanditaires, en procédant au remplacement du gérant de la société, peut en même temps, recevoir son compte, à l'exclusion du nouveau gérant, qui n'est pas dès lors fondé à exiger une nouvelle reddition du compte de son prédécesseur et à refuser, après sa révocation, de rendre son propre compte jusqu'à ce que le compte de l'ancien gérant lui ait été rendu (Cas. 5 janvier 1859, D. 59, 1, 174).

Les commanditaires peuvent remplir dans la société les fonctions d'employés, par exemple celles de commis, de caissiers, de teneurs de livres. L'ancien article 27 C. com., leur avait interdit ces situations. Il a été modifié

par la loi du 3 mai 1863 qui défend seulement au commanditaire d'accepter une procuration pour les actes de gestion. « Les tiers ne peuvent être trompés sur la véri-« table qualité des commanditaires employés et il n'est « pas à redouter pour les autres associés que ceux-là « aient une influence fâcheuse sur la direction des affaires « sociales. » Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, T. I, p. 174.

Il n'y a encore pas acte d'immixtion de la part des commanditaires lorsque, la société étant dissoute, ils veillent à la conservation de leur propriété commune ; par exemple lorsqu'ils pourvoient aux besoins d'usines qui auraient à souffrir du chômage, soit par des avances en espèces, soit par des négociations, pourvu que ces actes ne touchent en rien à l'administration (Nancy 25 janvier 1845, D. Jur. gén. *Société*, 1371-3°); ou, lorsqu'ils ont chargé quelqu'un d'entre eux ou l'un des gérants de vendre l'établissement social ou de former une nouvelle société sur des bases indiquées et que cette délibération a été suivie d'effet (Cass. 26 déc. 1842, D. Jur. gén. *Société*, 1371-4°).

Où commence donc le domaine des actes interdits aux commanditaires ? La jurisprudence en éloigne autant que possible la limite, dépassant peut-être ainsi l'esprit de la loi. Elle décide en effet que le fait par un ou plusieurs commanditaires d'avoir imposé au gérant la direction qu'il a suivie dans sa gestion n'est pas une cause de déchéance de la qualité de commanditaire, s'il est constaté que cette direction s'est toujours produite en dehors des tiers et qu'elle n'a jamais engendré la foi de ces derniers (Cass., 21 décembre 1863, D. 64, 1, 156). De telle sorte que les actes d'administration intérieure se-

raient licites aux commanditaires, irréprochables au regard des tiers. Il n'y aurait immixtion prohibée que de la part du commanditaire qui, à l'extérieur, traiterait avec les tiers pouvant ainsi leur faire croire qu'il a la direction des affaires sociales. « Ce système, disent MM. Lyon-Caen » et Renault, (1) a été dans une certaine mesure im- » posé par les faits, spécialement dans les commandites » par actions. Il donne le moyen de prendre des garanties » contre l'omnipotence des gérants dont la responsabi- » lité personnelle ne signifie rien en présence de l'énor- » mité des affaires entreprises par les commandites. » Mais n'est-il pas en opposition d'abord avec le texte formel de l'art. 28 C com. qui prohibe de la part des commanditaires tout acte de gestion sans distinction ? Ne viole-t-il pas l'esprit de la loi tel que je l'ai formulé en donnant les motifs de ladite prohibition ? Car elle n'a pas seulement pour objet de protéger l'intérêt des tiers, mais elle dérive aussi d'un principe impérieux d'organisation qui enlève la direction des mains de celui qui n'encourt pas la responsabilité.

Mais l'immixtion prohibée se réalise dès que le commanditaire accomplit un acte de gestion extérieure. Il ne saurait participer aux conventions quelconques passées entre la société et des tiers, telles qu'achats, ventes, baux, emprunts. Ainsi l'associé commanditaire excédera ses droits qui, dans une société formée pour la publication d'un journal, se substitue à la gérance, dirige le service des employés, donne des ordres aux ouvriers pour la distribution et l'arrangement des lieux occupés par l'administration, traite avec le papetier, avec l'im-

(1) *Precis de Droit com.* T. 1, p. 175.

primeur, non pas pour la rédaction, mais pour les besoins matériels de la société (Paris, 1er mars 1845, D. 45. 2. 197). Ainsi encore, dans une société d'assurances maritimes celui qui exercerait dans un port les fonctions d'agent de cette société.

Vainement l'associé commanditaire recevrait-il une procuration de ses coassociés pour un acte de gestion, art. 27, C. com. Prohibition excessive, semble-t il, puisque, d'après les règles du mandat, le mandataire n'obligeant que le mandant et ne s'obligeant pas lui-même, les tiers n'ont pas dû compter sur la garantie du commanditaire mandataire. Mais le législateur devait empêcher que les commanditaires, voulant s'assurer la direction, tout en demeurant affranchis de la responsabilité indéfinie, ne choisissent pour gérant un homme de paille, pour gérer avec sa procuration. Sous l'ancien régime et la Révolution, la mauvaise foi des spéculateurs avait étrangement abusé de la faculté pour les commanditaires d'agir comme mandataires du gérant. On avait vu des compagnies dont les intéressés, alternativement commanditaires et gérants, n'étaient connus que lorsqu'il y avait des profits à partager et n'étaient plus associés lorsqu'il y avait des créanciers à payer.

L'immixtion se traduisant par des faits, comme ceux que j'ai produits à titre d'exemples, pourra par là même se prouver par témoins. A l'égard de l'appréciation de ces faits et de l'admission de leur preuve, les juges du fond sont investis d'un pouvoir souverain, inattaquable devant la cour de cassation. (Cas. 6 fév. 1843. D. Jur. gén. *Sociétés* 1370-2°).

L'immixtion étant admise et prouvée, quelle sanction s'y attache ?

L'ancien art. 28 C. com., en édictait une sanction bien sévère en obligeant, solidairement avec les associés en nom collectif, à toutes les dettes et à tous les engagements antérieurs et postérieurs de la société, le commanditaire qui avait manqué à la prohibition. De telle sorte qu'un acte de gestion sans importance, sans conséquences nuisibles, complètement isolé, effet d'une intempérance de zèle ou de l'inexpérience, avait le même résultat à l'encontre du délinquant que des actes graves, nombreux, prémédités, accomplis avec l'intention de s'emparer de la direction, en conservant le bénéfice de l'irresponsabilité. La pénalité pouvait se trouver en disproportion excessive avec les faits répréhensibles. Avec raison, la loi du 6 mai 1863 a substitué à l'ancien article 28 C. com. un texte nouveau qui ne déclare, en principe, le commanditaire qui a fait un acte de gestion obligé solidairement avec les associés en nom collectif, que pour les dettes et engagements de la société dérivant des actes de gestion qu'il a faits, sauf la faculté pour le juge d'étendre cette obligation solidaire selon le nombre et la gravité des cas à tous les engagements de la société ou à quelques-uns seulement. La loi s'en rapporte à la prudence du magistrat et lui laisse le droit de juger dans quelle mesure il y a lieu à responsabilité.

Mais cette solidarité est-elle prononcée seulement au profit des tiers et créanciers de la société, ou bien les coassociés du commanditaire peuvent-ils également l'invoquer contre lui et repousser son recours contre eux à raison de ce qu'il a payé au-delà de son apport ?

Trois systèmes se sont formés sur la question.

Dans le premier le commanditaire qui s'est immiscé deviendrait un véritable associé en nom collectif, per-

dant *erga omnes* le bénéfice de l'art. 28 C. com. dans la mesure toutefois de la responsabilité éventuellement partielle dont le texte nouveau le frappe. Ce système répond-t-il à la pensée dominante du législateur certainement dirigée surtout vers l'intérêt des tiers ?

La seconde opinion prétend y mieux satisfaire, en admettant seulement les tiers à faire déclarer l'associé commanditaire qui s'est immiscé solidairement responsable des engagements sociaux à l'égard des autres associés ; mais, dans ses rapports avec ces derniers, celui-ci conserve ses qualités de commanditaire et les prérogatives y attachées (Paris, 6 juillet 1865, D. 66, 5, 443). Partant le liquidateur judiciaire de la société est sans qualité pour agir contre le commanditaire qui se serait immiscé (Lyon, 27 mai 1859, D. Jur. gén. *Société*, 1381). Les actionnaires ne sont pas meiux fondés à demander que le commanditaire qui se serait immiscé soit déclaré responsable de la perte qu'ils pourraient éprouver sur leurs actions (Caen, 16 août 1864, D. 65, 2, 194).

Dans un troisième système il y aurait lieu de distinguer, pour apprécier s'il est ou non responsable envers ses coassociés, suivant que l'associé commanditaire qui s'est immiscé aurait agi avec ou sans le consentement du gérant. Dans le second cas sa responsabilité existerait *erga omnes*, même au profit du gérant ; dans le premier, ses coassociés ne sauraient invoquer contre lui la déchéance de l'art. 28 C. com., qui ne profiterait qu'aux tiers.

Quand un commanditaire encourt cette déchéance, peut-il être déclaré en faillite ? La question ne se pose que pour le cas où les tribunaux auraient étendu sa

responsabilité à toutes les dettes sociales. Mais même alors, il nous paraît qu'une solution affirmative ajouterait à ladite sanction une rigueur qu'on ferait malaisément dériver d'une assimilation absolue entre le commanditaire déchu et l'associé en nom collectif.

Tels sont, brièvement expliqués, les incidents du contrat de société, dans la complexité de son organisation moderne, où nous rencontrons des exceptions au principe « Qui s'oblige oblige le sien. » Il nous ont montré la combinaison harmonique et heureuse d'intérêts sociaux divergents. La règle de l'art. 2092 C. c. tire sa nécessité de l'ordre public. Mais, à l'appliquer aveuglément, on fût arrivé à léser les intérêts les plus respectables. Le législateur, interprète des besoins sociaux et de leur complexité, devait chercher à les concilier et il l'a fait de la façon dont je me suis efforcé de le clairement exposer.

Une société très particulière va nous présenter un nouvel exemple de la situation juridique que nous étudions, je veux parler des sociétés constituées pour l'exploitation des charges d'agent de change. Elles présentent même ce trait remarquable que la responsabilité limitée de certains associés s'y présume.

Les capitaux nécessaires à l'exploitation de ces offices se sont tellement accrus dans le développement de la richesse mobilière et des transactions, qu'un seul titulaire ne les saurait demander à sa fortune propre ou à son crédit. Aussi les agents de change cherchèrent-ils de bonne heure à s'adjoindre des associés bailleurs de fonds qui vînssent fortifier leurs facultés financières et

participer à leurs bénéfices et à leurs pertes. Mais comme la fonction de l'agent de change est un office public, l'association était-elle admissible dans l'exercice de cette fonction ? Des décisions souvent contradictoires avaient diversement apprécié cette situation. La loi du 2 juillet 1862 la vint régulariser. Consacrant la pratique qui était née de la nécessité, elle décida que les agents de change près des bourses pourvues d'un parquet (dont les offices ont la plus haute valeur vénale), pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur. A l'objection tirée du caractère public de la fonction de l'agent de change, le rapporteur de la loi répondit par une distinction dans les éléments de la situation. Comme certificateur de l'identité des personnes et de la sincérité des signatures, comme chargé de la constatation officielle des cours des valeurs, celui-ci est un officier public dont aucune combinaison financière ne saurait altérer la situation vis-à-vis du public et de l'administration publique. Mais, en tant qu'intermédiaire de la négociation des effets publics, l'agent de change exerce un commerce. Or l'exploitation de cet élément commercial, le profit des courtages, la valeur vénale résultant du droit de présentation, n'ont rien qui soit contradictoire avec les idées et le but qui président à l'association des capitaux. Ce sont ces éléments seuls qui rentreront dans le contrat d'association, l'élément public de l'office demeurant personnel au titulaire.

De cette situation, il découle nécessairement que les bailleurs de fonds ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils auront engagés.

On ne comprendrait pas qu'ils fûssent indéfiniment responsables d'actes auxquels ils ne peuvent pas participer et que l'art. 2092 C. c. reçût ici sa pleine application.

Mais, par contre, si les bailleurs de fonds s'immiscent dans les affaires de la charge, s'ils spéculent, il semble qu'ils doivent encourir une responsabilité indéfinie, tout comme les commanditaires. Autrement ne va-t-on pas créer de vastes maisons de jeu ? Le législateur de 1862 n'a pas admis cette conséquence. Il a considéré qu'à raison de la nature spéciale des fonctions de l'agent de change, l'immixtion de la part des associés n'est pas possible, et, partant, la question que je pose ne peut pas naître. Si les bailleurs de fonds se livrent à quelque opération rentrant dans les fonctions de l'agent de change, ils ne s'immiscent pas dans les affaires de la société, ils commettent une usurpation de fonctions dont ils répondront dans ses conséquences pénales et civiles (1).

---

(1) Je note que la société pour l'exploitation des charges d'agent de change est subordonnée à la condition que le titulaire de l'office soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement.

CHAPITRE VII.

Cas divers de dérogation à la règle « Qui s'oblige oblige le sien ».

Je rencontre enfin certaines conventions imaginées par les volontés particulières dans le but de faire échec à l'art. 2092 C. c., et dont je dois discuter la validité.

1. *Quid* d'une promesse de payer 100 à titre de libéralité entre vifs ou testamentaire, à telle époque déterminée, avec cette condition que la maison A... du promettant répondra seule, mais sans constitution d'hypothèque, de la promesse du donateur ?

Cette modalité peut s'inspirer d'intentions fort sérieuses. Ce peut être le désir chez le disposant de donner subsidiairement au gratifié la maison A, dans le cas où lui ou ses héritiers n'auraient pas exécuté en nature la promesse. Ce peut être encore que la maison A étant celui de tous ses biens auxquels il attachait un moindre intérêt d'affection, il a voulu que cette maison fût, au besoin, pour ainsi dire sacrifiée de préférence.

Je suppose ainsi modalisée une promesse entre vifs. Au premier abord, elle paraît inefficace comme contraire à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. En effet, la clause y jointe semble laisser au donateur la faculté d'anéantir le gage de sa promesse et de neu-

raliser ultérieurement l'effet de sa libéralité. Vient-il à aliéner la maison A, le donataire, n'étant pourvu à l'égard de ce bien d'aucun droit de suite, se voit réduit à n'espérer plus qu'en la foi du donateur. Hypothèque-t-il la maison A à d'autres créanciers, ils primeront le donataire. Mais hâtons-nous de remarquer que le gage du donataire ne pouvant être détruit par le fait du donateur, dans l'un et l'autre cas celui-ci s'oblige de ce chef dans la mesure du dommage qu'il a causé à celui-là. Or, cette obligation ainsi née est communément garantie par un droit de gage général portant sur tous les biens du débiteur. En sorte que la promesse du donateur ne peut devenir vaine que par sa ruine totale survenue avant l'échéance du terme fixé à la délivrance de la somme promise. Que si au lieu d'aliéner ou d'hypothéquer la chose qui seule répond de l'exécution de sa dette, le donateur contracte de nouvelles obligations chirographaires, les nouveaux créanciers viendront sans doute sur le prix de cette chose concurremment avec le donataire qui pourra voir sa part réduite à rien. Mais, dans ce cas encore, le dommage à lui causé devra être réparé par le donateur dont il procède, et le donataire aura, dans la mesure du préjudice subi, une action contre celui-ci avec toutes les facultés de droit commun. Le donataire ne verra sa donation détruite ou réduite que si la chose désignée en garantie exclusive de ses droits vient à périr en partie ou pour le tout par cas fortuit. — Que si la valeur de la maison A se trouve, dès le jour de la donation, inférieure à la somme promise, la donation ne vaut dès maintenant que pour la valeur de la maison. Cela ne nous paraît pas pouvoir faire doute. Cette situation est analogue à celle où le donateur

s'étant réservé la faculté de disposer soit d'un ou de plusieurs objets compris dans la donation, soit d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, la donation ne vaut que pour le surplus (1).

Au lieu d'une donation entre vifs, supposons un legs affecté de la modalité précédente. Avant sa mort, le testateur a aliéné la maison A dans des conditions telles que le legs deviendrait caduc si la maison A eût été léguée directement. Les legs étant révocables, le disposant a pu impunément à l'égard du légataire consommer cette aliénation. Faut-il considérer qu'il a tacitement révoqué le legs qu'elle était destinée à garantir ? La situation est identique en vérité à celle où la maison A aurait péri par cas fortuit, dans le cas d'une donation entre-vifs. Il faut convenir qu'alors le droit du légataire est dépourvu de toute sanction.

2. La clause que je viens d'insérer dans une libéralité peut aussi bien se rencontrer dans un acte à titre onéreux, dans une vente. M. Mourlon, dans son examen critique et pratique du Commentaire de Troplong sur les Priviléges, T. 1, p. 19, rapporte l'espèce suivante comme s'étant présentée en pratique. « Un instituteur » stipula, en achetant un établissement d'éducation, » qu'il n'entendait pas s'obliger personnellement et » qu'ainsi le prix de vente serait dû par l'établissement » qui seul en répondrait. » Que penser de cette bizarre convention ? Il n'est pas possible de la valider au pied de la lettre, c'est-à-dire de constituer la chose vendue comme débitrice exclusivement du prix convenu, les choses ne pouvant être obligées qu'accessoirement, en

(1) Voy. Aubry et Rau, T. 7, p. 367.

garantie d'un engagement qui grève une personne. Le seul sens raisonnable qu'on lui puisse prêter, c'est d'attribuer à l'acheteur la volonté de limiter l'effet de son obligation audit bien, de circonscrire à ce bien le gage de son créancier. Il y aura là peut-être, de la part du vendeur qui accepte, donation indirecte ou bien la rançon d'un prix exorbitant. Pourquoi dès lors cette modalité serait-elle illicite? Les parties écartent, dans leurs rapports, l'art. 2092 C. c. Au nom de quel principe supérieur, au nom de quel texte prétendrait-on y soumettre leurs volontés? Dans ces conditions, la créance du vendeur se trouvera subordonnée à l'objet vendu et disparaîtra s'il vient à périr. — Mais quels seront ses droits en présence d'une aliénation de la chose vendue avec ladite clause? Comme il s'agit d'un immeuble dans l'espèce, il pourra tirer de son privilége ou de son action en résolution, pour défaut de paiement du prix, un droit de suite qui lui permettra d'agir contre les tiers acquéreurs. Si la chose vendue était mobilière, comme elle n'a pas de suite par privilége, droit de résolution ou propriété, les tiers acquéreurs ne pourront être recherchés. Mais alors l'acheteur, s'étant mis par son fait dans l'impossibilité d'exécuter son obligation sur le bien qu'il avait assigné à cet effet, il doit à son vendeur réparation du dommage qu'il lui a ainsi causé. Le vendeur en tirera une action personnelle contre l'acheteur, qui sera tenu par cette action sur tous ses biens. Au surplus elle s'ajoute, pour le vendeur d'immeubles, à son droit de suite et de résolution.

3° Autre espèce. Une personne emprunte une somme d'argent sous cette condition expressément stipulée qu'un tel de ses biens répondra seul de sa dette. Cette

clause est-elle valable ? Il y a là manifestement donation éventuelle pour le cas où la chose désignée périrait accidentellement. Pourquoi pareille convention seraitelle inefficace ? Qu'on n'objecte pas qu'elle est révocable par l'aliénation volontaire du bien qui doit la garantir. Je répondrai par l'idée déjà deux fois appliquée que le donateur est responsable de son fait.

CHAPITRE VIII.

Remarques diverses.

J'ai épuisé la revue des exceptions que la volonté de l'homme, sous l'autorité de la loi et de la jurisprudence, peut apporter à la grande régle de la théorie des obligations « Qui s'oblige oblige le sien ». Ces espéces diverses font éc' ec au droit commun du crédit, et les unes, celles du premier groupe, contrarient directement le principe de la libre circulation des biens. Je me suis efforcé de les justifier au nom d'intérêts considérables, tâchant à les présenter comme d'heureux essais de la conciliation toujours délicate et difficile des besoins sociaux si souvent en conflit. Mais j'ai plus à dire encore, et je dois ajouter les remarques suivantes :

I. Les inconvénients économiques qu'on reproche à la substitution, à la dotalité, le législateur a cherché à les atténuer par la publicité.

C'est ainsi que l'art. 1069 C. c. décide « que les dis-
» positions par actes entre vifs ou testamentaires, à
» charge de restitution, seront, à la diligence soit du grevé,
» soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues
» publiques; savoir, quant aux immeubles, par la trans-
» cription des actes sur les registres du bureau des

» hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux » sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, » par l'inscription sur les biens affectés au privilége. » Ces prescriptions tendent à empêcher que les tiers, par ignorance de la charge de substitution, ne soient induits en erreur sur les droits et la position de fortune du grevé ; qu'ils n'escomptent une propriété immobilière ou des créances privilégiées ou hypothécaires libres entre ses mains.

A la même préoccupation répond la loi des 2-10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage. Faute par les époux de répondre sincèrement à l'interrogation que l'officier de l'état civil est tenu de leur adresser, conformément à cette loi, « la femme sera » réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans » les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte » qui contient son engagement, elle n'ait déclaré avoir » fait un contrat de mariage. » C'est-à-dire (et je tiens à préciser cette interprétation, qui est souvent inexactement présentée) que la femme ne pourra pas opposer aux tiers non seulement les immunités spéciales de la dotalité, mais toutes les clauses qui diminuent sa capacité normale de contracter, comme une clause de remploi stipulée obligatoire à l'égard des tiers.

Que si je considère la clause générale d'inaliénabilité et d'insaisissabilité telle que, d'après la jurisprudence, j'en ai précisé les conditions de validité, elle est occulte De là, un grave préjudice possible pour les tiers qui contractent avec le donataire ou le légataire, postérieurement au legs ou à la donation. Il y a là une objection sérieuse que je n'ai pas à dissimuler. Mais elle doit s'adresser au législateur et non à l'interprète. Pour

mon compte, j'exprime le vœu d'une règle de publicité pour cette clause, au moins lorsqu'elle atteint un immeuble. Mais considérez que, sous le régime du Code civil, les servitudes étaient occultes, la transmission même de la propriété immobilière restait ignorée de tous. Cependant les tiers en souffraient. En quoi serait-il plus inique, dans le progrès encore incomplet de notre législation, de faire subir aux tiers les conséquences d'une clause réelle d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité ?

II. J'ai présenté les exceptions à l'art. 2092, que j'ai réunis dans un second groupe, comme des modalités d'un contrat. Ce point de vue les réunit ainsi dans une catégorie différente de celle du premier groupe. Or, je rencontre la publicité des sociétés commerciales. Je veux marquer l'idée différente qui anime alors les prescriptions de la loi.

La publicité des sociétés commerciales et de leurs statuts a notamment pour objet de faire connaître une fois pour toutes au public, contractant éventuel avec ces sociétés, les modalités qui affectent, relativement à la responsabilité des divers associés, tout contrat passé avec elles. Cette remarque fixe, je crois, un élément de différence profondément exact entre ladite publicité et la publicité de la substitution, par exemple. Celle-ci prévient les tiers de la condition anormale de certains biens ; celle-là déclare pour ainsi dire de style certaines clauses dans tout contrat passé avec les sociétés.

Est-il besoin d'ajouter qu'à l'égard des espèces que j'ai examinées en dernier lieu, aucune publicité ne se comprendrait, le cercle d'influence des clauses exceptionnelles que j'ai prévues étant limité aux contrac-

tants qui ont échangé en pleine connaissance de cause leurs consentements ?

J'ai terminé cette étude où je me suis proposé le but logique de réunir sous un centre commun de perspective des théories juridiques éparses dans nos lois. J'ai cru d'un bon apprentissage de chercher à tracer avec précision des circonscriptions dans l'étendue indéfinie du domaine juridique, en m'inspirant d'un point de vue dominant, à la manière du géographe dont le crayon, en traçant des limites sur les cartes, marque l'homogénéité sous tel ou tel rapport des différentes parties d'une étendue déterminée.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° Le créancier qui a reçu en hypothèque une servitude réalise son hypothèque par l'action hypothécaire et non point par l'action confessoire.

2° Le créancier qui a reçu en hypothèque une créance réalise son hypothèque au moyen d'une action utile qui est l'action même née de la créance hypothéquée.

3° Le créancier hypothécaire n'a aucun droit sur les fruits de la chose hypothéquée perçus après que la chose a été aliénée par le constituant

4° La règle « Prior tempore potior jure » s'applique aux hypothèques constituées sur biens à venir.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

5° Le copropriétaire ne peut exiger le remboursement des dépenses simplement utiles qu'il a faites sur un bien indivis, sachant d'ailleurs qu'il n'était pas propriétaire unique.

6° L'action négatoire est refusée à un copropriétaire à l'égard de ses copropriétaires.

7° Le demandeur qui agit *ante conditionem* n'encourt pas la *plus petitio*.

8° Les servitudes réelles sont urbaines ou prédiales selon la nature du fonds dominant.

DROIT FRANÇAIS.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° La clause de remploi peut valablement être stipulée obligatoire à l'égard des tiers.

2° La clause d'inaliénabilité n'est pas nécessairement illicite.

3° La clause d'insaisissabilité peut valablement affecter un immeuble.

4° Le commanditaire n'est considéré comme coupable d'immixtion dans la gestion de la société que s'il a traité à l'extérieur avec des tiers d'affaires intéressant la société.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

Droit Civil.

5° Une donation déguisée sous forme de contrat à titre onéreux, n'est pas valable.

6° Un second donataire peut opposer le défaut de transcription.

7° La liberté accordée aux époux, pour la rédaction de leurs conventions matrimoniales, ne va pas jusqu'à leur permettre de se créer, d'une manière expresse, des incapacités contractuelles.

8° Le préposé blessé par l'animal confié à ses soins, ne peut pas se prévaloir de l'article 1385 C. c.

Droit Constitutionnel.

9° Le scrutin uninominal est plus conforme aux principes de la représentation que le scrutin de liste.

10° Le Sénat peut rétablir les crédits refusés par la Chambre des Députés dans le budget en préparation.

Economie Politique.

11° L'impôt proportionnel est plus équitable que l'impôt progressif.

12° L'État doit s'abstenir de toute intervention en vue de modifier la distribution naturelle de la richesse.

Vu :

Par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu :

Par le Président de la Thèse,

C. BUFNOIR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

E. GREARD.



SAINT-BRIEUC. — IMPRIMERIE FRANCISQUE GUYON, RUE SAINT-GILLES.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE
DE LA
CONSTITUTION DE DOT
EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH-ARMAND LALLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT & DU CONCOURS GÉNÉRAL

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

THÈSE POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE

DE LA

CONSTITUTION DE DOT

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU LE MERCREDI 20 JUIN 1888, A 1 HEURE 1/2

PAR

JOSEPH-ARMAND LALLIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT & DU CONCOURS GÉNÉRAL

1882 : 1re mention d'histoire du droit; 3e mention de droit civil
1883 : 1re mention de droit civil; 1re mention de droit romain
1884 : 1er prix de droit civil; 2e mention de droit commercial
Concours général : 3e mention

PRÉSIDENT : M. LABBÉ, *Professeur*

Suffragants : MM. DEMANTE, JALABERT, BEAUREGARD, *Professeurs*

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE & DE MA GRAND'MÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE DE LA CONSTITUTION DE DOT

INTRODUCTION

La dot, en droit romain, était l'apport de la femme au mari en vue des charges du mariage; elle consistait dans un ensemble de biens qui, à l'origine du droit et pendant plusieurs siècles, étaient attribués au mari à titre perpétuel et définitif. L'acquisition, dont le mariage était pour lui l'occasion, pouvait lui provenir de la femme elle-même, quand elle avait en propre des biens sur lesquels elle lui transportait, par la convention, des droits plus ou moins étendus. Si c'était la propriété même des biens dotaux qu'elle attribuait au mari, elle s'en dépouillait à tout jamais. Une telle convention était inutile, quand le mariage était accompagné de *manus*, car le patrimoine de la femme s'absorbait alors dans celui du mari.

Si la femme n'avait pas de biens personnels, comme il arrivait nécessairement quand elle était encore en puissance, son *paterfamilias*, un de ses proches, ou même un tiers généreux, constituait en son nom une dot au mari. Les effets de la constitution de dot s'arrêtaient, se limitaient au mari, puisqu'il était investi, sur les biens dotaux, de droits exclusifs et définitifs. La femme ne réalisait aucun bénéfice, et l'on disait d'elle qu'elle était dotée, *dotata*, par cela seul que la libéralité d'un tiers lui avait permis de procurer au mari une dot qu'elle ne pouvait fournir elle-même. Peu importait, d'ailleurs, quand la dot provenait d'un tiers, que le mariage fût ou non accompagné de *conventio in manum;* nul ne contestera, je pense, qu'une dot pût toujours être constituée au mari, quelle que dût être la condition de la femme dans le mariage, à l'époque où il n'en résultait pour elle aucune acquisition, et où le bénéfice en était exclusivement procuré au mari.

Comment fallait-il analyser l'acte intervenu entre le mari d'une part, et d'autre part la femme ou le tiers qui constituait la dot en son nom? Quelle était la nature de la constitution de dot? Cet acte se présente à nous sous l'aspect d'une donation, et, sans doute, c'est le caractère d'acte à titre gratuit qui lui fut d'abord attribué : le mot même de dot, qu'on s'accorde à faire dériver du grec διδόναι, est bien un indice que l'opération dut être à l'origine purement gratuite. C'est là, il faut l'avouer, une simple conjecture qui n'a de vraisemblance que si l'on se reporte à une époque très reculée.

Mais la constitution de dot, après être demeurée pendant cinq siècles telle que nous venons de la décrire, subit de graves modifications. La fréquence des répudiations injustes amena les femmes à se ménager, par une stipulation expresse, la restitution de leur dot en

cas de divorce [1]. De la pratique répétée de semblables stipulations naquit, au profit des femmes, indépendamment de toute convention, le droit de reprendre leur dot à la dissolution du mariage, d'abord par suite du divorce, et, peu après, par suite du prédécès du mari. Le principe suivant lequel la constitution de dot était, pour le mari, une cause perpétuelle d'acquisition, littéralement exact à l'origine, cessa donc d'être vrai quand la dot fut restituable à la femme. Il se maintint cependant. Le jurisconsulte Paul le proclame encore en termes absolus, et la formule dont il se sert a été placée par Justinien en tête du titre *de Jure dotium*, au Digeste (XXIII, 3). C'est qu'en effet, l'action en reprise de la dot, « loin d'être la conséquence logique et nécessaire de l'institution dotale, ne doit son origine qu'à des circonstances extérieures, et jusqu'à un certain point accidentelles [2]. » L'intérêt de la femme divorcée ou survivante avait exigé que la dot lui fût rendue, et l'intérêt social avait puissamment aidé à ce résultat : la législation impériale poussait les citoyens au mariage, et la reprise par la femme de ses biens dotaux était éminemment de nature à lui faciliter une nouvelle union. On pouvait donc ne voir dans la restitution de la dot que le résultat de considérations d'équité ou d'utilité sociale : la constitution de dot n'était pas altérée dans sa nature, et l'on pouvait toujours dire que son but principal était l'attribution au mari de certains biens qui, en principe au moins, lui étaient acquis à perpétuité.

(1) AULU-GELLE, N. A., IV, 3. « Memoriæ traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones in Urbe romana aut in Latio fuisse... Servius quoque Sulpicius in libro, quam composuit de dotibus, tunc primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius... divortium fecit. » Cf. DENYS D'HAL., *Antiq. rom.*, II, 25.

(2) GIDE, *Du Caractère de la dot,* p. 511, édit. Esmein.

Partant de cette idée, il semblerait que l'acquisition du mari dût faire l'objet principal et même exclusif de notre étude; pour déterminer la nature de la constitution de dot, il devrait nous suffire d'analyser l'acte intervenu entre le mari et le constituant de la dot, et de nous demander à quel titre lui sont conférés les droits dont il est investi.

L'objet de cette dissertation ne se bornera cependant pas là. Le droit de la femme à la restitution de la dot avait une importance qu'il faut se garder de méconnaître. Je ne fais pas allusion au cas où elle reprenait, après le mariage, la dot qu'elle avait fournie de ses propres biens; mais quand la dot provenait d'un tiers et que la femme la recueillait, elle réalisait un bénéfice dont elle était redevable au tiers constituant. A son égard, la constitution de dot produisait exactement les effets d'une donation, et l'on pourrait croire qu'elle ne mérite pas un examen spécial. Mais, à l'époque classique, alors que la dot est le plus souvent restituable, l'acquisition du mari et l'acquisition de la femme sont généralement rapprochées et mises en parallèle : les textes en font deux effets d'égale importance de la constitution de dot (1). Il faut donc voir dans la constitution de dot, quand elle émane d'un tiers, un acte com-

(1) Parmi ces textes, quelques-uns donneraient à penser que l'acquisition du mari et celle de la femme étaient simultanées, et même que les droits de chacun d'eux sur les biens dotaux étaient identiques ou au moins analogues : loi 75, D., *de Jure dot.* (XXIII, 3) : « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est... » Loi 15, § 3, D., *Qui satis dare* (II, 8) : « Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem ejus fundi possessores intelliguntur. » Nous reviendrons sur ces textes.

D'autres lois rapprochent seulement les effets que la constitution de dot produit vis-à-vis du mari de ceux qu'elle produit à l'égard de la femme. Telle est la loi 25, § 1, *Quæ in fr. cred.*, qui en fait un parallèle prolongé.

plexe, contenant tout ensemble une attribution de droits au mari et une acquisition procurée à la femme. Ces deux effets sont étroitement liés et ne peuvent être séparés; pour bien comprendre la constitution de dot, il faut les envisager tous les deux. Cette double étude s'impose d'autant plus que le droit de la femme, qui n'avait pas sa place à l'origine, fut de jour en jour étendu et mieux garanti, et finit par faire singulièrement pâlir le droit du mari ; si bien qu'on y put voir l'effet principal de la constitution de dot, bien que celle-ci eût toujours pour but essentiel l'attribution au mari de certains biens, pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Nous allons étudier successivement l'acquisition que procure au mari la constitution de dot et celle qui en résulte pour la femme, nous demandant tour à tour quelle en est la nature et quels sont les effets que la loi y attache. La nature du droit de la femme n'est guère susceptible de contestation : son acquisition est purement gratuite. Mais, pour déterminer en quel sens elle est redevable au constituant du bénéfice qui lui est procuré, il nous faudra rechercher d'assez près quelle est la nature et l'étendue de ses droits. Pour cela, nous serons obligé de prendre à son origine et de suivre dans ses développements la créance de la femme en restitution de la dot : nous ne le ferons que dans la mesure nécessaire à l'intelligence de nos développements, car c'est là une question qui semble définitivement fixée.

Que si nous nous attardons à rechercher la nature exacte des droits du mari, nous demandant si les charges du mariage, que la dot lui permet d'acquitter et qui sont censées absorber le bénéfice qu'il réalise, impriment à son acquisition le caractère onéreux (1), c'est pour avoir

(1) L'expression d'*acquisition à titre onéreux* n'a pas de correspondant en latin : l'expression de *causa onerosa* est due aux interprètes et ne se

occasion de discuter certaines opinions que les interprètes modernes du droit romain ont produites, plutôt que pour élucider une question dont les jurisconsultes romains aient jamais eu souci. En vue de donner aux droits du mari une stabilité plus grande, pour augmenter sa sécurité, on attacha à la constitution de dot, vis-à-vis de lui, certains effets des actes à titre onéreux. C'est assurément la pratique qui, par des innovations successives, assimila presque à tous égards la constitution de dot à un acte à titre onéreux. Pour justifier ce résultat, les textes allèguent, à la vérité, les charges du mariage, dont le fardeau pèse sur le mari : c'était un motif bien suffisant pour lui faire une situation de faveur. Mais jamais les jurisconsultes romains n'ont recherché si l'existence de ces charges donnait exactement à la constitution de dot la nature d'un acte à titre onéreux. En un mot, les effets spéciaux aux actes à titre onéreux, que la constitution de dot produisait, ne découlaient pas de sa nature même; mais l'ensemble des conséquences que la pratique y avait attachées formaient, par leur réunion, ce qu'on a appelé, en termes peu exacts, le caractère onéreux de la constitution de dot. Si l'on voulait absolument obéir à l'idée dont se sont inspirées les lois romaines, il suffirait, pour faire connaître la nature de la constitution de dot vis-à-vis du mari, d'étudier les effets qu'elle produit.

trouve pas dans les textes. Une acquisition à titre onéreux peut, en effet, être très avantageuse, et il ne serait jamais venu à l'esprit des jurisconsultes romains de qualifier cette opération d'*onerosa*. Ils emploient, au contraire, l'expression de *causa lucrativa,* pour désigner un acte à titre gratuit; un acte à titre onéreux était, suivant la terminologie romaine, un acte non gratuit : *non lucrativa causa.* (Loi 19, *de Oblig. et act.*, XLIV, 7.)

CHAPITRE PREMIER

LE MARI EST TRAITÉ COMME UN ACQUÉREUR A TITRE ONÉREUX

I

Les textes de l'époque classique nous apprennent que la dot était constituée au mari *propter onera matrimonii;* qu'elle était destinée à l'acquittement des charges du mariage, qui étaient la cause même de la constitution de dot (1). C'est, avons-nous dit, par la considération de ces charges que se justifient les effets attachés à la constitution de dot. Examinons donc la correspondance, la destination de la dot aux charges du mariage.

Les charges du mariage qui grevaient le mari, et que la dot l'aidait à supporter, pesaient exclusivement sur lui. On n'aurait pas compris, à l'origine du droit romain, qu'elles incombassent à la femme qui, faute d'avoir des biens en propre, était dans l'impossibilité d'y pourvoir : cette observation a d'autant plus de portée, si on admet que les formes d'établissement de la *manus* étaient primitivement les seuls modes de contracter mariage. Mais si les charges du mariage ne pesaient pas sur la mère, ce n'était pas seulement parce

(1) « Post nuptias onera matrimonii fructus (dotis) relevaturi sunt. » (Loi 28, *de Pact. dot.*, XXIII 4.)

qu'elle n'avait pas le moyen d'y parer; c'était aussi parce qu'il n'y avait pas de motif de les lui imposer, faute qu'elle eût au mariage un intérêt égal à celui du mari. Dans les idées religieuses des anciens Romains, le but principal du mariage était la continuation de la famille, afin de perpétuer le culte des ancêtres. Qu'importait à la femme la continuation des *sacra privata,* puisque, même mariée avec *manus,* elle n'était pas l'ancêtre des descendants de son mari? A ce dernier devaient donc incomber exclusivement les conséquences d'un mariage qui lui procurait un avantage si capital.

La correspondance de la dot aux charges du mariage, sa destination aux besoins de la famille, sont affirmées dans nombre de textes. Je ne relèverai que les plus catégoriques. Une femme, nous dit Tryphoninus (l. 76, *de Jure dot.,* XXIII, 3), ne peut constituer une dot au mari *mortis causa.* En effet, *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.* Et Papinien nous dit, en termes plus énergiques encore, dans la loi 16 pr., *De pec. castrensi* (XLIX, 17): *Dos matrimonio cohærens oneribus ejus ac liberis communibus confertur;* et il en conclut que la dot ne doit pas faire partie du *peculium castrense* du mari, fils de famille, parce que c'est sur son *pater* que pèsent les charges du mariage.

A ces textes, nous pourrions ajouter tous ceux qui déclarent qu'il ne peut y avoir dot que quand il y a mariage, et qui concluent à la restitution de la dot quand le mariage en vue duquel elle a été fournie est nul ou ne se conclut pas (1). Ils n'affirment pas seulement qu'il existe un rapport nécessaire entre la dot et le mariage et que l'une ne peut être que l'accessoire de l'autre : sous le mariage, il faut découvrir les charges qui en résultent.

(1) Lois 21, 22, 40, 41, § 1, 43 pr. et § 1, Dig. XXIII, 3.

Tous ces textes qui, à défaut de mariage, concluent à la répétition de la dot, sont des applications de la loi de Tryphoninus : *Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.*

La destination de la dot aux charges du mariage apparait surtout dans la manière dont le mari gagnait les fruits des biens constitués en dot. Quand la dot fut restituable à la femme, le mari, qui en était propriétaire, en était en même temps débiteur au moins éventuel; il ne gagnait définitivement que les fruits des biens dotaux, qui étaient pour lui la compensation des charges du mariage (1); mais il ne les gagnait qu'en proportion du temps où ces charges l'avaient grevé. On peut présenter de cette idée plusieurs applications intéressantes.

Si la dot a été constituée et payée avant le mariage, les fruits produits par les biens dotaux, dans l'intervalle du paiement de la dot au mariage, sont eux-mêmes dotaux, c'est-à-dire qu'ils s'ajoutent au capital dont la femme obtiendra la restitution. (Loi 7, § 1, D. XXIII, 3.) La convention peut en décider autrement et attribuer au mari les fruits de la dot antérieurs au mariage; il y a là une donation de la femme à son futur mari, laquelle est valable comme ayant eu lieu avant le mariage.

A partir de la conclusion du mariage, les fruits de la dot sont acquis au mari. Cela ressort de la loi 77 (XXIII, 3) : une femme, épousant son débiteur, lui a constitué en dot la créance productive d'intérêts qu'elle avait contre lui; du jour de la conclusion du mariage, cette créance cessera de produire intérêts. Le jurisconsulte en donne ce motif que l'obligation primitive est

(1) Loi 7, pr., D., *de Jur. dot.*, XXIII, 3; loi 20, Cod., *de Jur. dot.*, V, 12.

éteinte, et que le mari est censé avoir payé à la femme ce qu'il lui devait (1). Mieux vaut dire que les intérêts de la créance constituée en dot sont acquis au mari à partir du jour où les charges du mariage lui incombent; comme il est débiteur de ces intérêts, il cessera de les payer.

La correspondance des fruits et intérêts des biens dotaux aux charges du mariage apparaît comme si essentielle, que les interprètes ont oublié parfois que la convention des parties pouvait l'écarter. La loi 69, § 1 (xxiii, 3) nous apprend qu'une femme peut constituer au mari, avec un certain capital, les intérêts qu'il doit produire; ces intérêts accumulés devront lui être restitués à la dissolution du mariage, et le bénéfice réalisé par le mari se réduira ainsi aux intérêts des intérêts (2). Cette convention, qui détourne les fruits de la dot de leur destination, a paru choquante à Cujas, qui a voulu, en introduisant une négation dans la loi 69, § 1, y lire le contraire de ce qu'elle dit. C'est une erreur. Nous rencontrons un autre texte (Loi 4, *de Pact. dot.*, D. xxiii, 4), dans laquelle Ulpien affirme la validité de cette clause, à l'encontre de Marcellus, qui la déclarait nulle. Mais elle doit être antérieure à la conclusion du mariage, sans quoi elle constituerait une donation entre époux, et serait nulle comme telle (3).

Toutefois, en droit romain, le rapport des revenus de la dot aux charges du mariage n'allait pas jusqu'à faire admettre que les intérêts d'une dot promise et non en-

(1) Si cette explication était exacte, ne serait-ce pas du jour de la constitution de dot, et non pas seulement du jour du mariage, que les intérêts cesseraient de courir ?

(2) Convention particulièrement pratique, quand la dot consiste en un usufruit. (Loi 7, § 2, xxiii, 3.)

(3) Loi 21, § 1, *de Don. int. vir et ux.*, xxiv, 1 ; loi 28, *de Pact. dot.*, xxiii, 4. — Je pense que, dans cette loi 28, le jurisconsulte Paul n'annule la convention qui réserve à la femme les intérêts de la dot que si

core payée seraient dus de plein droit à compter du mariage. Aucun texte ne contient une semblable décision, que le caractère onéreux de l'acquisition du mari ne suffirait pas à justifier. La loi 69, § 3 (xxiii, 3) suppose d'ailleurs que les intérêts de la dot ont été expressément promis : promesse inutile, s'ils étaient dus de plein droit.

Ce texte nous fournit une preuve bien précise de la destination de la dot aux charges du mariage : une dot ayant été promise, les intérêts de cette dot ont fait l'objet d'une promesse distincte et seront dus dans l'intervalle du mariage à la prestation effective de la somme constituée en dot. Mais si la femme, *deducta in domum mariti absentis*, y a vécu à ses frais, le mari ne pourra exiger les intérêts qui lui ont été promis, parce qu'ils devaient servir à l'entretien de la femme. Cette décision ne pouvait pas être étendue, et si la dot avait été payée lors de la conclusion du mariage, la femme qui aurait quelque temps vécu de ses propres ressources, dans la maison du mari, n'aurait pu prétendre que les fruits et intérêts correspondant à ce temps lui fussent restitués avec le capital de la dot. La loi 69, § 3, restreinte à l'espèce qu'elle prévoit, n'en établit pas moins la correspondance de la dot aux charges du mariage.

Pour mettre cette idée en pleine lumière, il nous reste à commenter deux maximes dues au jurisconsulte Paul, dont l'importance est capitale.

La première forme la loi 1 au titre *de Jure dotium ;* nous en retiendrons simplement les premiers mots :

elle est faite au cours du mariage. On pourrait cependant prétendre, à voir comment le texte est rédigé, qu'il déclare nulle, non pas la convention qui interviendrait pendant le mariage, pour attribuer à la femme les fruits de la dot, mais la convention, même antérieure au mariage, qui lui donnerait droit aux fruits que doit produire la dot après le mariage conclu : « Post nuptias vero, quum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur. »

Dotis causa perpetua est. Non seulement la portée exacte de cette proposition est incertaine au point de vue juridique, mais son sens littéral lui-même est difficile à fixer (1); elle veut dire que « la dot est pour le mari une cause perpétuelle d'acquisition. » La justification de cette dernière proposition n'est plus à faire; elle a été présentée par MM. Bechmann et Czyhlarz (2), et M. Gide (3) l'a reprise pour donner à la théorie des deux savants professeurs allemands une formule précise et scientifique. Bien que la dot fût éventuellement restituable à la femme, on pouvait toujours dire que la constitution de dot était, de sa nature, une cause d'acquisition perpétuelle. Mais si l'on est d'accord sur le sens de la maxime de Paul, l'entente ne semble pas faite sur le motif qui l'explique. Suivant M. Tessier (4), il n'y faut voir qu'une application et une conséquence du principe qu'une tradition basée sur une *perpetua causa* transférait seule la propriété; pour rendre le mari propriétaire, on ne pouvait l'investir que d'un droit perpétuel. M. Czyhlarz démontre que la dot est de sa nature perpétuelle et qu'elle demeura telle après que fut admis le droit de la femme à sa restitution, mais il ne nous dit pas pourquoi elle fut perpétuelle dès son origine; il semble admettre qu'une attribution définitive de certains biens au mari était l'exacte compensation des charges, mêmes temporaires, dont il était grevé (5).

(1) Tant que la dot n'était pas restituable à la femme, cette formule pouvait être prise à la lettre; c'est après l'admission de l'action dotale que sa justification est plus difficile.

(2) BECHMANN, *Das römische Dotalrecht.* CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht.*

(3) *Du Caractère de la dot en dr. rom.*, Rev. de lég. fr. et étr., 1872.

(4) *Questions sur la dot,* p. 12, note 4.

(5) *Op. cit.*, § 16 : « L'existence des charges n'est donc nécessaire qu'au moment de la formation de la dot, mais non pendant toute la durée de celle-ci. »

M. Gide, au contraire, explique la perpétuité de la dot par la perpétuité même des charges auxquelles elle correspondait. « La dot est destinée à subvenir aux frais du mariage; mais, chez nous, ces charges et cette destination sont temporaires; *à Rome, elles étaient perpétuelles* (1). » Ainsi, M. Gide marque le rapport étroit de la dot aux charges du mariage. La dot est perpétuelle, parce que les charges du mariage, qui en sont la cause, sont perpétuelles.

Une autre loi affirme en termes encore plus catégoriques la correspondance de la dot aux charges du mariage : *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* (Loi 56, § 1, xxiii, 3.) Cette maxime peut avoir deux sens : elle peut signifier que la dot doit être constituée à celui qui supporte les charges du mariage, et qui n'est pas nécessairement le mari ; elle peut vouloir dire que si les charges du mariage viennent à se déplacer, la dot doit passer dans le patrimoine de celui à qui elles incombent. C'est cette seconde signification que Paul a eue en vue : faisons cependant ressortir la justesse de la première idée.

Nous savons que, par suite de l'organisation de la famille romaine, c'était au *paterfamilias* qu'incombait la charge de pourvoir aux besoins de la famille ; c'était donc à lui que devait être constituée la dot, quand un fils de famille se mariait. Cette solution s'imposa tout le temps que les personnes en puissance ne purent avoir de biens en propre ; elle demeura vraie après l'admission des pécules, et la dot continua à appartenir au *pater*, comme les charges du mariage du fils à peser sur lui (2).

(1) *Du Caractère de la dot,* p. 502, édit. Esmein.
(2) Loi 16, *de Pec. castr.* (xlix, 17). — M. Pellat, commentant la loi 45, D. (xxiii, 3), suppose qu'une femme qui épouse un fils de famille,

Quand les fils de famille eurent des biens adventices, la dot y fut comprise ; mais c'était au *paterfamilias*, qui avait l'administration et la jouissance des biens adventices, y compris les biens constitués en dot, qu'incombait le devoir de pourvoir aux besoins de la famille. (Loi 8, §§ 4 et 5, au Code, vi, 61). C'était là une hypothèse exceptionnelle, où la jouissance des biens dotaux appartenait seule à la personne qui supportait les charges du mariage ; mais il n'y avait là qu'un résultat transitoire amené par les règles des biens adventices, et la propriété même des biens dotaux n'en était pas moins affectée aux charges du mariage.

Supposons maintenant que les charges du mariage, après avoir grevé une personne, viennent à peser sur une autre ; la dot se déplacera-t-elle avec les charges qui sont sa cause? Les textes nous présentent plusieurs hypothèses où il en est ainsi ; mais faut-il y voir les applications d'un principe général suivant lequel la dot doit toujours appartenir à celui auquel incombent les charges du mariage?

Aux termes de la loi 56, § 2 (xxiii, 3), les charges du mariage contracté par un fils de famille pèsent sur lui, quand son *pater* vient à mourir. Il semble qu'en ce disant, Paul veuille indiquer une application de l'idée qu'il a formulée dans le paragraphe précédent ; et, en effet, le fils de famille prélève dans la succession de son *pater*, à l'aide de l'action en partage, la dot de sa femme ; s'il a été exhérédé, il la recueille

son débiteur, et qui constitue en dot la créance qu'elle a contre lui, peut aussi bien faire la constitution de dot au fils de famille qu'elle épouse qu'à son *pater* : la diction pourrait être faite au père ou au fils. Je n'en crois rien : ce qui est vrai, c'est que la femme, constituant la dot au *pater* de son mari, peut aussi bien y comprendre la créance qu'elle a contre le fils que celle dont le père est tenu vis-à-vis d'elle *de peculio*.

par la même action qui lui est ouverte *utiliter* (1).

La loi 65, § 16, et la loi 66 *Pro socio*, D. (XVII, 2), donnent la même solution dans une espèce analogue : un mari qui a contracté avec des étrangers une société de tous biens dans laquelle est tombée la dot de sa femme a le droit de prélever cette dot lors du partage de l'actif social, si la société a pris fin avant la dissolution du mariage ; il la prélève encore quand le mariage a cessé après la dissolution de la société, mais dans des conditions telles que la dot soit restituable.

Aucun texte ne nous dit en cas d'émancipation ou de *datio in adoptionem* d'un fils de famille marié, que la dot soit attribuée à l'émancipé ou à l'adoptant. M. Pellat semble l'admettre sans difficulté ; il reconnaît à la maxime de Paul la valeur d'un principe général. Mais il fait intervenir dans notre question un texte qui, tel qu'il l'interprète, me paraît ne pas s'y rapporter. Aux termes de la loi 45 *de Adopt.* (I, 7), « *onera ejus qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.* » M. Pellat considère qu'il s'agit dans ce texte d'un *sui juris* qui se donne en adrogation ; et, à la suite de Pothier, il observe que les charges dont il est ici question ne peuvent être les dettes de l'adrogé, puisque la *capitis deminutio* les a éteintes, mais qu'il s'agit de la charge

(1) Lois 20, § 2, et 51 pr., D., *Fam. ercis.* (x, 2); loi 1, § 9, *de Dote prœl.;* Add. loi 46, *Fam. ercis.*, qui prévoit qu'un fils de famille, institué héritier sous condition par son père, est poursuivi par sa femme divorcée en restitution de la dot : si le divorce est survenu après la mort du père, le fils peut, sans attendre l'arrivée de la condition, prélever la dot, puisqu'il en aurait le droit même s'il avait été exhérédé ; il la prélèvera donc et la restituera à la femme, en tout ou en partie, suivant les règles de l'action dotale. Que si le divorce survient antérieurement à la mort du père, le mari, qui n'aura pas un seul instant supporté les charges du mariage, ne pourra prélever la dot; l'action dotale sera alors exercée par la femme contre les héritiers de son beau-père, et contre le mari en particulier, si la condition mise à son institution se réalise. L'action de la femme est donc tenue en suspens jusqu'à l'arrivée de cette condition.

de sa personne, et, s'il est marié, de la charge de sa famille. Or, en cas d'adrogation, la dot de la femme de l'adrogé passe à l'adrogeant avec le reste de sa fortune; l'acquisition de la dot par l'adrogeant n'est donc pas une compensation des charges qu'il assume. De cette situation, M. Pellat tire cependant l'occasion d'affirmer la correspondance de la dot aux charges du mariage; il semble dire que l'adrogeant supporte ces charges parce qu'il a acquis la dot : mais cette idée ne me parait pas plus exacte que celle qui ferait découler l'acquisition de la dot du fait d'avoir assumé les charges : il y a là deux effets distincts et indépendants que produit directement l'adrogation.

Nous rentrons dans la question qui nous occupe, si nous supposons que la loi 45, comme ses termes semblent l'impliquer, se réfère à la *datio in adoptionem* d'un *alieni juris*. La charge de la personne de l'adopté, et, à certaines conditions, les charges de son mariage (1) grèvent l'adoptant. Pourra-t-il obtenir la dot? La même question se pose en cas d'émancipation.

On a contesté que la loi 56, § 1, énonçât une règle générale; on a voulu n'y voir qu'une formule résumant des solutions particulières imposées par des textes précis, et non un principe qui pût être généralisé. M. Czyhlarz (2) est arrivé à cette conclusion en étudiant les hypothèses qui présentent l'application de cette formule. Il a observé que la personne à qui les charges du mariage étaient imposées et qui réclamait la dot en compensation ne se servait pas d'une action spéciale,

(1) Pour éviter toute complication, il faut supposer, d'une part, que la femme de l'adopté n'est pas *in manu*, et, d'autre part, qu'il n'est pas encore né du mariage d'enfants qui resteraient dans la famille de leur grand-père.

(1) *Op. cit.*, § 4, p. 24-29.

mais de l'action *familiæ erciscundæ*, de l'action *pro socio;* et spécialement, que l'enfant exhérédé n'obtint qu'assez tard l'action *familiæ erciscundæ* utile qui lui permettait de reprendre la dot dont il avait été privé jusque-là. Bien plus, si l'on suppose qu'un enfant exhérédé ou émancipé a reçu un legs égal au montant de la dot de sa femme, il est, comme tout légataire, exposé à la réduction suivant les règles de la quarte Falcidie (1). L'attribution de la dot au fils de famille devenu *sui juris* était le résultat de considérations d'équité; c'était l'objet d'une opération accessoire au partage, qui réalisait imparfaitement le but visé; il n'y avait pas là au profit du mari un droit précis, car ce droit aurait été sanctionné par une action spéciale (2).

Dans l'hypothèse où la dot était prélevée par un mari *socius* à raison des charges qui lui incombaient, le but que la loi se proposait n'était qu'incomplètement atteint. Quand le mariage était dissous lors du partage de la société dont le mari faisait partie, la dot était partagée entre les associés, si elle n'était pas restituable à la femme; elle était comprise dans le partage pour une fraction seulement, quand elle devait être partiellement restituée. Ainsi, quand le mari exerçait une *retentio*, la portion de la dot qu'il obtenait demeurait à la société; et c'était le surplus seulement qu'il prélevait, pour le rendre à la femme. En conséquence, le mari qui avait exercé la *retentio propter liberos*, et sur lequel les charges du mariage continuaient à peser, ne gardait pas le bénéfice exclusif des valeurs qu'il ne restituait pas; elles étaient attribuées à la société.

(1) Lois 1, § 13, et 7, § 2 D., *de Dote præl.*, XXXIII, 5.

(2) On peut encore observer que le mari, en prélevant la dot, donnait *cautio* à ses cohéritiers, leur assurant que l'action dotale ne serait pas dirigée contre eux, ou du moins qu'ils n'en subiraient aucun préjudice.

Ainsi donc, il s'en faut, dans les hypothèses mêmes où la loi semble consacrer cette solution, que la dot soit mise au patrimoine de celui qui supporte les charges du mariage. Nous serions donc en présence de décisions particulières déduites de l'équité (1); des textes formels auraient voulu lui donner satisfaction par des moyens détournés et très imparfaits, dans les hypothèses les plus pratiques. La formule : *Dos ibi esse debet ubi onera matrimonii sunt,* ne serait pas un principe général.

Cette maxime, ajoute M. Czyhlarz, s'il fallait lui reconnaître l'importance d'un principe, se heurterait d'ailleurs à un autre principe, celui de la perpétuité de la dot. La dot est définitivement acquise à celui auquel elle a été primitivement constituée; le déplacement des charges du mariage, pas plus que leur disparition, ne doit priver de la dot celui qui l'a une fois acquise. Cet argument qui domine tous les autres, cette considération qui a été le prétexte, l'occasion du système défendu par M. Czyhlarz, repose, selon moi, sur une fausse interprétation du principe de la perpétuité de la dot : elle était, nous dit-il, définitivement acquise au mari en vue des charges temporaires qu'il assumait. C'est là une erreur que j'ai signalée plus haut, en observant que, sur ce point, M. Gide avait plus exactement pénétré le véritable motif de la perpétuité de la dot. Elle était pour le mari une cause d'acquisition perpétuelle, parce que les charges auxquelles elle correspondait étaient elles-mêmes perpétuelles; elles ne prenaient pas fin quand le mariage cessait, mais subsistaient sous une autre forme : le soin de l'éducation des enfants continuait à peser sur le père, et lui seul pouvait leur transmettre,

(1) Les mots *nec immerito* de la loi 20, § 2, *Fam. ercisc.* (x, 2), en seraient la preuve.

dans son hérédité, les biens constitués en dot. Conserver les biens au mari, après le mariage dissous, c'était leur maintenir leur destination ; mais laisser la dot à la personne qui l'a primitivement reçue, alors qu'elle ne supporte plus les charges du mariage qui dure encore ; refuser le prélèvement de la dot au mari auquel elle était, en définitive, adressée, ce n'est pas obéir au motif pour lequel il gardait la dot, quand le mariage prenait fin ; c'est aller directement à l'encontre. Donc, quand les charges du mariage cessaient de peser sur la personne qui en avait d'abord assumé le fardeau, et entre les mains de laquelle la dot avait été versée, en principe, la dot passait dans le patrimoine de la personne à qui elles incombaient désormais. Il est certain que, dans deux séries d'hypothèses au moins, la loi a voulu ce résultat ; qu'elle n'ait pas mis une action spéciale à la disposition des personnes qu'elle admettait à réclamer la dot, c'est assez conforme à la pratique romaine ; que le prélèvement de la dot fût imparfaitement assuré à celui qui y avait droit, c'est une conséquence de l'imperfection même des moyens dont il disposait pour l'obtenir. Nous devons donc reconnaître que notre loi 56, § 1, marque une étroite correspondance de la dot aux charges du mariage [1].

La destination de la dot résulte clairement des témoignages que nous venons de réunir ; nous pourrions encore les multiplier. Il est manifeste qu'elle avait pour but d'aider le mari à supporter les charges dont il était grevé. On a voulu assigner d'autres utilités à la consti-

(1) Toutefois, dans le silence des textes, il serait peut-être téméraire de soutenir que l'adoptant pouvait se faire attribuer la dot de la femme de l'adopté, et l'émancipé réclamer la dot de sa femme ; mais rien non plus ne nous permet d'affirmer, comme fait M. Czyhlarz, qu'ils n'avaient certainement pas ce droit.

tution de dot ; on y a vu un moyen de faire passer aux enfants nés du mariage tout ou partie de la fortune de leur mère. Mais c'était là un résultat que la dot procurait sans qu'il fût visé. A l'époque où se forma la théorie de la dot romaine, on n'apercevait pas les inconvénients du système qui n'admettait pas les enfants à la succession de leur mère. La dot ne fut pas instituée pour corriger cette institution défectueuse, mais elle en atténua les inconvénients avant qu'ils se fussent fait sentir : bien loin d'avoir été dirigée contre la loi successorale, elle retarda le moment où on dut la réformer. Mais la vocation des enfants à la succession de leur mère devint nécessaire quand la restitution de la dot se fut généralisée.

II

Que la dot fût affectée aux charges du mariage, en était-ce assez pour prétendre qu'elle était acquise au mari à titre onéreux ? Nous rencontrons des textes qui, de prime abord, feraient incliner vers l'affirmative : plusieurs lois comparent expressément la constitution de dot à une vente, et le mari à un acheteur. Un débiteur, nous dit la loi 8, § 13 D., *Quib. mod. pignus*, a pu valablement constituer en dot un bien que son créancier lui avait permis de vendre : *vendidisse videtur, propter onera matrimonii.*

La loi 19 D., *de Obl. et act.*, XLIV, 7, et la loi 2 C., *eod. tit.* IV, 10, assimilent également le mari à un acheteur (1).

(1) Cf. loi 47, D. XVII, 1. A tous ces textes, nous pourrions ajouter ceux qui, sans qualifier le mari d'acquéreur à titre onéreux, d'acheteur, appliquent à la constitution de dot vis-à-vis de lui les conséquences des

A examiner ces textes de plus près, on voit qu'ils font seulement au mari la situation d'un acquéreur à titre onéreux, qu'ils le traitent comme un acheteur; mais ils ne veulent nullement dire que la constitution de dot doive s'analyser comme une vente. C'est ce qu'ont prétendu à tort plusieurs interprètes du droit romain, et spécialement des jurisconsultes allemands. Pour refuser à l'acquisition du mari le caractère de gratuité, on observe fréquemment que les charges du mariage, absorbant réellement ou pouvant absorber la dot dont elles sont la compensation, le mari est réputé ne réaliser aucun enrichissement. Il manquerait donc à la constitution de dot un élément essentiel pour qu'on y pût voir une donation, à savoir ce que les Romains appelaient le *lucrum merum*.

Cette observation dénote un examen peu attentif des textes qui décrivent les effets de la constitution de dot vis-à-vis du mari. Celui-ci, prétend-on, ne fait pas de *lucrum merum*. Et, cependant, les lois romaines nous disent de la dot, dans les hypothèses où elle restait au mari après le mariage dissous : *Lucro mariti cedit*. Les règles des donations n'étaient pourtant pas appliquées à son acquisition. Bien plus : le titre *de Pactis dotalibus*, au Digeste, nous décrit un pacte d'un usage fréquent, par lequel le constituant de la dot assurait au mari le droit de la conserver dans telle hypothèse où les règles de l'action dotale l'auraient astreint à restituer : à ce pacte ne correspondait pas une dénomination précise. Or, il y a tel interprète du droit romain qui déclare que, faute de *lucrum*, le mari est un acquéreur à titre onéreux, qui adopte la même solution quand le

actes à titre onéreux. Quant aux textes qui traitent le mari comme un acheteur, parce que la dot lui a été remise avec estimation, ils ne peuvent pas être invoqués utilement.

pacte dont nous parlons a été conclu, et qui, cependant, se sert, pour le désigner, de l'expression de *pactum de lucranda dote* (1).

Ces simples rapprochements suffisent à nous montrer que l'opinion d'après laquelle le mari auquel une dot était constituée ne faisait aucun *lucrum* n'est conforme ni aux termes dont se servaient les lois romaines pour désigner son acquisition, ni aux termes qu'ont inventés les interprètes mêmes qui voient dans le mari un acquéreur à titre onéreux. Voici donc à quelles conclusions il est sage de se ranger : La constitution de dot procurait souvent au mari un avantage très appréciable, un pur bénéfice ; mais son acquisition était, en tous cas, susceptible d'être absorbée par les charges qu'il assumait. Pour rendre la dot plus apte à remplir son but, qui était de faciliter les mariages, la pratique assure au mari une situation presque aussi stable que celle d'un acquéreur à titre onéreux ; et cela, sans distinguer suivant que les charges du mariage conclu équivalent ou non à la dot qui sert à les acquitter ; sans attacher d'importance à cette circonstance que ces charges, étant bien plutôt morales que juridiques, ne peuvent pas, logiquement, être considérées comme l'équivalent d'un bénéfice pécuniaire. Le mari est digne de la faveur de la loi, par cela seul qu'il s'est placé dans une situation d'où résultent pour lui des devoirs qu'il doit avoir à cœur de remplir.

Ainsi se trouvent justifiées pleinement les décisions des lois romaines. Nous pourrions nous en tenir là et conclure en observant que l'acquisition du mari apparaît plutôt comme gratuite. Mais quelques interprètes ont cru découvrir dans la constitution de dot les élé-

(1) Czyhlarz, *Op. cit.*, § 127, p. 440.

ments d'un acte à titre onéreux, et force nous est d'examiner d'assez près les arguments qu'ils ont fait valoir. Ils distinguent habituellement suivant que la dot a été constituée par la femme ou par un tiers en son nom.

Les auteurs s'accordent, pour la plupart, à reconnaître à la constitution de dot émanant de la femme le caractère d'un acte à titre onéreux; mais ils n'analysent pas tous l'opération de la même manière. Nous avons dit qu'à l'origine du droit romain, les charges du mariage pesaient exclusivement sur le mari; on n'aurait pas compris que la femme en fût grevée. Comment donc eut-on l'idée de lui imposer une contribution à des charges qui ne pesaient pas sur elle? C'est que, si dans les idées primitives la femme était censée n'avoir pas d'intérêt au mariage, en fait, elle était la première à en profiter : elle trouvait dans la maison du mari une position honorable; elle partageait sa situation sociale et jouissait de sa fortune. N'était-il pas naturel qu'on exigeât d'elle un apport destiné à augmenter le bien-être de la famille, à alléger les charges que portait le mari? Cet apport, cette contribution de la femme était d'autant plus légitime, qu'en cas de *conventio in manum*, toute sa fortune s'absorbait dans celle du mari. C'est ainsi que la constitution de dot fut imposée par l'usage et devint presque nécessaire.

Mais comment fallait-il analyser l'opération intervenue entre le mari et la femme, et comment pouvait-on lui reconnaître le caractère d'un acte à titre onéreux? Plusieurs opinions sont en présence.

D'après M. de Savigny, la femme aurait été dans l'obligation naturelle de se doter. L'acquittement d'une obligation, même naturelle, ne peut jamais être un acte gratuit; en se dotant, la femme ne s'appauvrit pas, puisqu'elle s'exonère d'une obligation. A l'appui de son opi-

nion, M. de Savigny cite la loi 32, § 2, D. *De cond. ind.* (xii, 6); il y est parlé d'une femme qui a constitué une dot qu'elle croyait devoir, et à qui la répétition n'est pas ouverte : *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa.* On ne peut guère démêler dans ce texte s'il y est question d'une femme qui constitue une dot à son mari, ou d'une mère qui constitue une dot au mari de sa fille : il est donc très incertain que la femme fût dans l'obligation de se doter (1).

M. Czyhlarz admet aussi l'existence d'une obligation naturelle ; il ne la motive pas par les avantages dont le mariage est l'occasion pour la femme, mais il prétend que se doter était pour elle un devoir de convenance, que les mœurs et les usages lui en faisaient une obligation ; car, en pareille matière, les usages reçus sont impératifs et obligatoires (*Op. cit.*, § 16).

(1) Savigny, *Traité du dr. rom.* Trad. Guenoux, IV, p. 55 et 59. M. de Savigny indique encore un autre motif pour lequel la constitution de dot n'est pas entre le mari et la femme un acte à titre gratuit (p. 83 et suiv.). Ce n'est pas seulement parce que la femme s'acquitte d'une obligation naturelle, mais parce que l'enrichissement qu'elle procure au mari apparaît comme une suite immanquable des rapports de famille ; l'intention généreuse fait donc défaut chez elle. Quand un époux partage gratuitement avec son conjoint l'usage d'une maison ou d'un autre bien, ce partage qui, entre étrangers, pourrait constituer une donation, n'en est pas une entre époux, car il résulte nécessairement de la vie commune. (Lois 18, 28, § 2, et 31, § 1; xxiv, 1.) « Supposons deux époux vivant d'aumônes ; la femme recueille un riche héritage et le donne en dot à son mari : ce dernier se trouve certainement enrichi, puisque désormais il jouit d'une fortune indépendante. Néanmoins, ce n'est pas là une donation prohibée entre époux, car cette jouissance résulte nécessairement de la vie commune qui est de l'essence du mariage. » Il n'y a là que l'exagération d'une idée qui peut parfois être exacte, mais qu'il faut se garder de pousser à l'extrême ; en raisonnant ainsi, on en arriverait à nier la possibilité de l'existence des biens paraphernaux. Si la constitution de dot n'est pas une donation prohibée, ce n'est nullement parce que les biens dotaux auraient été acquis au mari par suite de la vie commune ; c'est parce que la loi estime qu'ils sont, par la constitution de dot, acquis au mari à titre onéreux. La question est justement de savoir comment on peut découvrir dans cet acte les éléments d'un acte à titre onéreux.

Si je voulais défendre le caractère onéreux de l'acquisition du mari, je proposerais, pour en rendre compte, d'analyser autrement la constitution de dot. Sans supposer qu'il naît du mariage, à la charge de la femme, une obligation de se doter, ne pourrait-on pas admettre qu'il intervient entre les époux un contrat, une sorte de marché, la femme procurant au mari les ressources nécessaires pour parer aux besoins de la famille, et se ménageant ainsi les avantages d'un établissement par mariage ?

Aucune de ces explications n'est pleinement satisfaisante. L'existence d'une obligation naturelle qui grèverait la femme est plus qu'incertaine ; c'est une hypothèse qui n'est plus guère défendue aujourd'hui. Et qu'est-ce donc que cette obligation de constituer une dot au mari, imposée à la femme par les mœurs et l'usage, et à laquelle M. Czyhlarz attache tant d'importance ? Nous avons dit ailleurs, et nous reviendrons sur ce point en détail, que les charges du mariage ne pesaient pas sur la femme ; comment admettre, dès lors, qu'elle fût tenue d'y contribuer ? Tout au plus faudrait-il décider qu'elle devait au mari une compensation, à raison des avantages qu'elle retirait personnellement du mariage. Mais, avec cette idée, on n'arrive pas à la perpétuité de la dot, à l'attribution définitive des biens dotaux au mari à raison des charges qui peuvent le grever, même après la dissolution du mariage.

L'idée d'une sorte de marché intervenu entre la femme et le mari me semblerait plus acceptable ; la femme fait acquérir au mari des biens et des droits, et celui-ci lui procure en échange la situation enviée de femme mariée. Pour le déterminer au mariage, la femme, par l'attribution définitive de certaines ressources, le met à même de pourvoir aux besoins de la fa-

mille. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'à Rome, la dot pouvait être constituée et augmentée au cours du mariage. La constitution de dot intervenant pendant le mariage, on ne pouvait pas dire qu'elle avait déterminé le mari à en assumer les charges ; certains effets des actes à titre onéreux y étaient cependant attachés. A ce point de vue, il faut reconnaître que l'idée d'une obligation dont eût été tenue la femme à l'égard du mari, et dont elle aurait pu s'acquitter même après le mariage conclu, rendrait mieux compte du caractère onéreux de la constitution de dot intervenue pendant le mariage. Que si l'on voit dans la constitution de dot une sorte de contrat synallagmatique, et comme un marché entre la femme et le mari, il faudra décider que le mari auquel une dot ou un supplément de dot est fourni pendant le mariage est tenu d'acquitter autrement, de remplir plus complètement les charges auxquelles il s'était soumis en se mariant.

Il est donc difficile d'expliquer exactement comment et pourquoi la constitution de dot provenant de la femme n'était pas un acte à titre gratuit : pour faire admettre que le mari est l'ayant cause à titre onéreux de sa femme, il faut analyser de plusieurs manières différentes et contradictoires l'acte intervenu entre les époux. Est-il besoin d'ailleurs de voir dans la constitution de la dot émanant de la femme un acte à titre onéreux? Et quand on défend cette opinion pour justifier les effets qui sont attachés à cet acte, ne va-t-on pas au delà du but qu'on se propose d'atteindre. La constitution de dot, même quand la femme y a procédé, n'entraîne pas tous les effets d'un acte à titre onéreux ; en particulier, elle ne donne pas lieu à garantie d'éviction. Il n'est donc pas téméraire de dire qu'en définitive, c'était là un acte gratuit de sa nature, auquel la loi avait attaché les

effets des actes à titre onéreux dans la même mesure et pour les mêmes motifs qu'à la constitution de dot émanant d'un tiers.

Dans cette dernière opération, en effet, il est impossible, quoiqu'on fasse, de découvrir les éléments d'un acte à titre onéreux. La dot est destinée à l'acquittement des charges du mariage; le bénéfice réalisé par le mari peut être tout entier absorbé par les obligations qui lui incombent. Mais le constituant de la dot n'a rien reçu en échange des biens dont il s'est dépouillé; il ne bénéficie dans aucune mesure des charges dont le mari s'acquitte; il s'est appauvri comme un donateur. C'est bien plutôt la nature d'un acte à titre gratuit qu'il faut attribuer à l'opération.

On a contredit cette manière de voir; on a observé que la constitution de dot émanant d'un tiers ne pouvait être comparée à une donation qu'une personne généreuse, n'ayant en vue que l'intérêt du mari, lui faisait à l'occasion de son mariage, pour lui permettre d'en supporter les charges. Il n'y a là qu'une donation, un acte gratuit ordinaire, bien que la libéralité soit subordonnée à la conclusion du mariage, et que les besoins de la famille doivent en absorber l'émolument. Seule, la constitution de dot produit les effets d'un acte à titre onéreux; ce qui la caractérise, ce n'est pas seulement sa destination aux charges du mariage, c'est en même temps sa provenance : elle ne peut provenir que de la femme ou d'un tiers en son nom, d'un tiers qui, en donnant au mari, a entendu doter la femme (1). L'acte

(1) Tous les textes qui ont trait à une constitution de dot émanant d'un tiers disent que la dot est constituée *pro filia*, *mulieris nomine*. Jamais on n'aurait dit à Rome que la dot était constituée à la femme; elle était constituée au mari par la femme, ou au nom de la femme, qui se trouvait ainsi dotée.



intervenu entre le mari et la femme est onéreux, a-t-on observé (1); or, quand un tiers y procède, il faut voir derrière lui la femme qui acquitte une obligation, ou qui détermine le mari à assumer des charges dont elle profitera. L'acte est toujours le même (2).

Cette argumentation est plus spécieuse que solide. Sans doute, la dot ne peut provenir que d'un tiers qui a en vue l'intérêt de la femme, qui fait ce que la femme ne peut faire elle-même; mais c'est ce tiers, et lui seul, qui traite avec le mari; ce sont ses biens qu'il abandonne: et comme il ne reçoit aucune compensation, ni du mari ni de la femme au nom de laquelle il agit, il est incontestable qu'il s'appauvrit.

Le mari cependant mérite plus de ménagements qu'un donataire ordinaire; il s'est placé dans une situation d'où résultent pour lui des charges qu'il a à cœur de remplir, dont les mœurs lui imposent l'accomplissement. C'est pour donner à son acquisition une stabilité plus grande, qu'on a attaché à la constitution de dot certains effets des actes à titre onéreux, qu'elle ne comportait pas de sa nature, mais qui s'expliquent et se légitiment sans peine, puisque la situation du mari est à peu près celle d'un acquéreur à titre onéreux. Mais le tiers constituant est de son côté un véritable

(1) C'est là un point auquel nous n'avons d'ailleurs pas souscrit.

(2) M. Czyhlarz, *Op. cit.*, § 10, p. 57, raisonne d'une manière un peu différente. Il estime que la femme est dans l'obligation de se doter; quand un tiers acquitte en son nom cette obligation, « il y a quelque chose d'analogue au paiement d'une obligation d'autrui qui, malgré l'intention libérale du *solvens*, ne contient pas de donation pour le créancier. » La comparaison est inexacte; quand un tiers généreux paie la dette d'un débiteur qu'il veut gratifier, il fait à ce débiteur une donation égale au montant de la créance. La femme dotée, au contraire, n'est donataire du constituant que dans l'hypothèse où la dot lui est restituée, et dans la mesure de ce qu'elle en recueille. Ainsi donc, et à supposer même que la femme fût obligée de se doter, le tiers constituant ne pourrait être considéré comme ayant acquitté son obligation.

donateur, et voilà pourquoi on n'a pas fait découler de la constitution de dot toutes les conséquences des actes à titre onéreux ; on a seulement fait au mari une situation de faveur, toutes les fois que c'était possible sans causer un préjudice injuste au constituant (1).

Il ne faut donc pas s'y tromper : quand les jurisconsultes romains nous disent que les charges du mariage sont la cause de la dot, ils expriment simplement qu'elles absorbent le bénéfice acquis au mari, nullement qu'elles forment l'équivalent de l'aliénation consentie par le constituant; ils ne voient pas dans l'opération un véritable contrat synallagmatique dans lequel les charges du mariage sont l'objet de l'obligation du mari, et la cause de l'obligation ou de la *datio* du constituant. Ce qui est vrai, c'est que la dot suppose nécessairement les charges du mariage ; qu'elle est constituée en vue, à cause de ces charges, *propter onera matrimonii;* mais il n'y a rien là qui éveille l'idée de la cause telle qu'on la comprend dans les actes à titre onéreux, rien qui assigne à la constitution de dot une autre cause que la volonté généreuse du constituant.

Nous n'avons donc pas pu reconnaitre à la constitu-

(1) Comme nous le disions en parlant de la dot constituée par la femme, reconnaître à l'opération, quand un tiers y procède, la nature même d'un acte à titre onéreux, serait dépasser le but qu'il faut atteindre, puisqu'elle n'en produit pas tous les effets, à savoir la garantie. M. Czyhlarz, qui soutient que le mari est un acquéreur à titre onéreux, énumère les différences qui séparent sa situation de celle d'un donataire *(Op. cit.*, § 18), mais sans mentionner la garantie, sous prétexte que la *promissio dotis* donne lieu à recours en cas d'éviction de la même manière qu'une donation, et qu'à cet égard il n'y a pas de différence entre la constitution de dot et la donation (p. 62, note 16). C'est un moyen trop facile d'éviter l'objection que nous présentons plus haut: si, exceptionnellement, la dot et la donation donnent lieu au même recours en cas d'éviction, au fond elles ne donnent ni l'une ni l'autre lieu à garantie, et, à ce point de vue, le mari diffère d'un acquéreur à titre onéreux.

tion de dot la nature d'un acte à titre onéreux (1); du moins nous avons dégagé le motif pour lequel on en a fait découler les conséquences des actes à titre onéreux. Nous indiquerons plus loin ces effets et ces conséquences; nous les présenterons tels que les textes les décrivent; car n'étant pas en présence d'un acte à titre onéreux, nous ne pouvons qu'enregistrer les décisions précises de la loi.

III

Bien que le caractère onéreux de la constitution de dot soit en quelque sorte artificiel, il n'est pas inutile d'observer que c'est à raison des charges auxquelles elles correspondent, que toutes les acquisitions réalisées par le mari sont traitées comme onéreuses. Le mari n'est jamais un donataire, même quand les règles de l'action *rei uxoriæ* ne l'astreignent pas à restituer la dot; il n'est même pas traité comme tel lorsqu'un pacte accessoire à la constitution de dot lui permet de garder la dot, alors qu'il aurait dû la rendre.

Il y avait assurément donation quand la femme, après

(1) Il ne faudrait pas dire, poussant cette idée à l'extrême, que la constitution de dot était une donation : le mot *donatio* n'avait pas à Rome un sens technique, et les textes l'emploient parfois pour désigner un acte auquel ne s'appliquaient pas les règles spéciales aux donations proprement dites; c'est ainsi que Gaius (Comm. I, § 94; III, § 20), parlant de la concession du droit de cité faite à un étranger, se sert du mot *donare*. Mais les lois romaines ne semblent pas admettre que ce mot puisse s'appliquer à la constitution de dot : « Non est ista donatio, quum pro oneribus matrimonii petantur (usuræ), » nous dit la loi 21, § 1 D., *de Don. int. vir. et ux.* (XXIV, 1). C'est seulement en droit français que la constitution de dot, malgré les effets qui y sont attachés, peut être qualifiée de donation; c'est que l'opération est très différente.

la dissolution du mariage, abandonnait à son mari ou à ses héritiers la dot qu'elle aurait pu réclamer. Au contraire, il n'y avait pas donation, quand le mari puisait son droit dans le pacte dont nous venons de parler (1). Un tel pacte ne pouvait jamais intervenir en prévision de la dissolution du mariage par le prédécès du mari, c'est-à-dire au profit de ses héritiers ; et le mari ne pouvait s'en prévaloir en cas de divorce, que s'il était né des enfants du mariage (2).

Pourquoi un tel pacte ne renfermait-il pas une libéralité (3) ? Quand il était consenti par le tiers constituant de la dot, on a dit que ce tiers ne se dépouillait de rien, mais qu'il se contentait de ne pas conférer à la femme le droit à la restitution de la dot dont il aurait pu l'investir. Cette argumentation me paraît inexacte : pour priver la femme du droit de reprendre la dot, il fallait que le constituant s'en ménageât la reprise; puis, par le *pactum de lucranda dote*, qu'il attribuât au mari le droit qu'il s'était réservé. Il y a là, à mon sens, tous les éléments d'un acte à titre gratuit.

En tous cas, les éléments d'une donation se rencontraient assurément dans notre pacte, quand il était con-

(1) Les interprètes allemands du droit romain emploient pour le désigner l'expression de *pactum de lucranda dote*. Elle ne se rencontre pas dans les textes ; mais elle est assez exacte, puisque l'on disait à Rome de la dot qui restait au mari à la dissolution du mariage : *Lucro mariti cedit*.

(2) Lois 2 et 24, D., *de Pact. dot.*, XXIII, 4; loi 1, § 1, D., *de Dot. præl.*, XXXIII, 4, En cas de prédécès de la femme, le pacte pouvait être consenti par son *pater*, auquel l'action dotale appartenait, sans même qu'il fût né d'enfants du mariage.

(3) Les textes, à la vérité, ne nous disent pas qu'il y ait là pour le mari une acquisition à titre onéreux; mais ce qui donne à penser qu'elle n'était pas gratuite, c'est qu'ils n'appliquent pas au pacte d'où elle découlait les règles des donations ; en particulier, jamais on n'a soutenu que ce pacte intervenu pendant le mariage, alors que la femme se dotait *de suo*, entraînât une libéralité entre époux, et dût, comme tel, être annulé.

senti par la femme qui avait elle-même constitué la dot, ou par son *pater,* qui pouvait reprendre par l'action *rei uxoriæ* la dot profectice, quand sa fille était morte dans le mariage. Ils se dépouillaient ainsi d'un droit dont ils étaient investis par la loi; ils s'appauvrissaient sans compensation.

Les charges qui grèvent le mari expliquent encore qu'il ne soit pas traité comme un donataire à raison du bénéfice que lui procure le pacte *de lucranda dote.* Pendant longtemps la dot lui avait été acquise à perpétuité, et les charges du mariage étaient une compensation suffisante de ce bénéfice, auquel on n'appliquait pas les règles des donations. Plus tard, la dot fut restituable à la femme, mais elle n'en demeura pas moins perpétuelle de sa nature. Quand la convention écartait la restitution dans un cas où elle aurait pu être exigée, aucune donation n'était faite au mari ; la dot, conformément à sa nature, un instant méconnue, redevenait une cause perpétuelle d'acquisition. Si le mari, qui ne rend pas la dot en cas de prédécès de la femme, ne réalise aucun bénéfice, je me demande quel bénéfice il pourrait faire en gardant la dot en cas de divorce. C'était sous l'influence de considérations d'équité que la dot était restituée à la femme ; des motifs plus puissants engageaient les parties à la conserver au mari. Il ne recevait pas une donation, car le pacte n'avait d'effet, en principe, que si les charges du mariage continuaient à peser sur lui, s'il était né du mariage dissous des enfants actuellement vivants (1).

(1) A la vérité, consenti par le *pater* de la femme, le pacte avait effet *etiam liberis non intervenientibus;* mais l'action dotale accordée au père étant moins explicable à son profit qu'au profit de la femme, on comprend qu'il ait pu plus facilement y renoncer et que sa renonciation n'ait pas constitué une donation.

On voit que ce n'était pas seulement aux acquisitions résultant de la constitution de dot que la considération des charges du mariage faisait attribuer les effets d'un acte à titre onéreux, bien que l'opération d'où ces acquisitions dérivaient fût, à proprement parler, gratuite [1].

(1) Il était, semble-t-il, une hypothèse où la constitution de dot ne pouvait assurément pas être considérée comme une donation faite au mari (ni même à la femme); c'était quand le constituant renonçait au bénéfice d'un legs ou d'une hérédité que le mari recueillait comme héritier plus éloigné ou comme substitué, ou quand il renonçait à un legs, le mari étant institué. Mais, dans cette hypothèse, pourvu que la renonciation fût intervenue au su du mari, le constituant était censé avoir accepté et avoir ensuite constitué en dot les biens recueillis. Toutefois, quand le père de la femme recourait à ce procédé, la dot, bien que provenant de lui, n'était pas profectice. (Loi 5, § 5, XXIII, 3. Cf. loi 14, § 3, *de Fundo dotali,* XXIII, 5.)

CHAPITRE II

LA FEMME EST DONATAIRE DU CONSTITUANT DE LA DOT

I

Quand la femme fut appelée à recueillir la dot à la dissolution du mariage, il est incontestable qu'elle fit un bénéfice qui jusque-là ne lui était pas attribué. Dès lors, on peut dire que, quand la constitution de dot émanait d'un tiers, il en résultait une double acquisition pour l'un et l'autre époux : l'une immédiate et nécessaire, au profit du mari ; l'autre incertaine, éventuelle, au profit de la femme.

Nous avons déjà dit que la restitution de dot n'était pas une conséquence de sa constitution, puisqu'à l'origine elle n'y était pas attachée ; qu'elle avait été rendue nécessaire par l'intérêt de la femme et l'intérêt social, mais qu'elle détournait la dot de sa destination primitive, qui était de rester perpétuellement au mari et à ses héritiers. Et cependant, les textes nous présentent la femme comme l'ayant-cause du constituant, à raison du bénéfice que lui procure la restitution des biens dotaux. Les Romains avaient donc admis que l'acquisition de la femme était une conséquence directe de la constitution de la dot, bien que cette idée ne cadrât pas avec les motifs et les circonstances qui avaient amené l'introduction de l'action dotale. En un mot, la destination de la

dot s'était transformée et élargie : pendant le mariage, elle devait procurer des ressources au mari, et, après le mariage, assurer un bénéfice à la femme : ce double but était voulu et visé par le constituant.

Bien plus, c'était à titre gratuit que la femme tenait du constituant son droit à la restitution de la dot. Qu'elle recueillît de la constitution de dot un avantage purement gratuit, c'est ce que personne ne conteste ; car les charges du mariage ne pesaient pas sur elle, ou, du moins, les biens procurés à la femme n'étaient pas destinés à leur acquittement. Nous avons dit qu'à l'origine du droit romain, les charges du mariage n'incombaient pas à la femme, à la mère ; le plus souvent, d'ailleurs, elle était dans l'impossibilité d'y pourvoir, et, à supposer même qu'elle pût, tant qu'elle vivait, fournir aux besoins de la famille, elle était incapable de transmettre ses biens à ses enfants. Peu à peu, le droit primitif céda devant une législation plus conforme aux sentiments et aux devoirs de la mère ; elle fut mise à même de pourvoir aux charges du mariage ; la loi, dans des cas exceptionnels, lui en imposa même l'acquittement (1) ; enfin et surtout, le sénatus-consulte Orphitien admit les enfants à la succession de leur mère.

Peut-on en conclure que les biens constitués en dot, une fois attribués à la femme, avaient dans son patrimoine la même affectation qu'entre les mains du mari ? Nullement. L'action *rei uxoriæ* fonctionnait depuis longtemps quand fut rendu le sénatus-consulte Orphitien, au second siècle de notre ère. Les biens dotaux n'étaient donc pas attribués à la femme parce qu'ils pou-

(1) C'est ainsi que la mère pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, être contrainte à doter sa fille. Cette obligation ne lui fut d'ailleurs imposée que par une constitution des empereurs Dioclétien et Maximilien. (Loi 14, C., *de Jure dot.*, v, 12.)

vaient, aussi bien par elle que par le mari, être transmis aux enfants nés du mariage. Ils étaient si peu affectés, dans la fortune de la femme, à l'acquittement des charges du mariage dissous, qu'ils devaient tout au contraire lui permettre de contracter une nouvelle union, de contribuer aux charges d'un nouveau mariage. Quoiqu'ils pussent être employés par la mère à l'éducation de ses enfants, les biens restitués par le mari étaient considérés comme détournés de leur affectation première ; la femme réalisait donc un pur enrichissement (1).

Aussi bien, les interprètes qui lui dénient la qualité de donataire n'en font-ils pas un acquéreur à titre onéreux du constituant. Ils prétendent qu'elle ne tient en aucune façon de lui les droits dont elle est investie. Pour élucider ce point, nous allons être contraint d'indiquer brièvement la nature du droit de la femme à la restitution de la dot.

II

Quand le divorce devint fréquent à Rome, la femme injustement répudiée se trouvait privée de la situation sur laquelle elle avait compté pendant la vie du mari ; en même temps, elle était exclue de la vocation successorale à laquelle elle pouvait avoir droit en cas de *manus ;* tout au moins, elle ne recueillait pas le bénéfice du legs que le mari prédécédé n'aurait pas manqué de

(1) Dans la fortune de la femme, les biens constitués en dot n'étaient pas plus directement destinés aux charges du mariage que ceux qui lui avaient été donnés pour former un *peculium,* pour demeurer paraphernaux.

lui adresser. Pour se mettre à l'abri des conséquences du divorce, les femmes mariées sans *manus* stipulaient la reprise de leur dot : *Dos his conditionibus dari solebat, ut si inler virum uxoremque divortium contigisset, quod æquius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori* (1). Elles se ménageaient ainsi une créance conditionnelle qui devait naître à leur profit en cas de divorce. Sans doute, les *cautiones rei uxoriæ* étaient possibles quand la dot avait été constituée par un tiers; mais j'estime que la femme ne pouvait, en pareille hypothèse, être considérée comme l'ayant-cause de ce tiers, et qu'elle n'était redevable qu'à elle-même du droit de créance qu'elle s'était réservé.

La pratique de ces stipulations se généralisa de telle sorte que la femme fut investie du droit de reprendre la dot, d'abord en cas de divorce, et, quelque temps après, en cas de prédécès du mari, sans avoir recouru à une stipulation expresse : elle disposait à cet effet de l'action *rei uxoriæ*. Pour rendre compte de son droit, quelques interprètes admettent que la loi présumait intervenue, lors de la constitution de la dot, une stipulation analogue à celles d'où dérivaient les *cautiones rei uxoriæ* (2). Rien de plus simple, si la dot a été fournie des biens de la femme; si elle provient d'un tiers, on met à la base de l'action *rei uxoriæ* une convention tacite un peu plus complexe, pour expliquer que la femme tienne ses droits du constituant : ce tiers est censé avoir stipulé à son profit la reprise de la dot, et avoir transporté à la femme le bénéfice de sa stipulation (3).

(1) Boèce, *ad Cic. Top.*, xvii, 66.

(2) Dans l'opinion de Doneau (Comm. XIV, c. 4-8), qui voyait dans la constitution de dot un contrat *re*, c'est bien aussi un contrat qui est à la base du droit de la femme à la restitution de sa dot.

(3) Telle est bien l'opinion de M. de Savigny : il admet que dans la

Une autre explication, qui aboutit à des conséquences pratiques identiques, fait également dériver le droit de la femme de la pratique répétée des *cautiones rei uxoriæ*, mais place à la base de l'action *rei uxoriæ* non pas une stipulation tacite, mais un quasi-contrat. Cette opinion peut s'autoriser de plusieurs textes (1).

Dans ces deux systèmes, la femme qui peut se prévaloir de l'action *rei uxoriæ* est investie, du jour de la constitution de la dot, d'une créance identique à celles que les *cautiones rei uxoriæ* lui procuraient, créance conditionnelle, puisqu'elle était subordonnée à certains modes de dissolutions du mariage. Il en résulte qu'une femme qui n'était pas soumise à la *manus* du mari pouvait seule obtenir la restitution de la dot; car une femme *in manu* n'était capable d'avoir de droits, de créances, ni contre les tiers ni contre son mari. Faut-il en conclure qu'une femme soumise à la *manus* ne pouvait pas être dotée? Il y aurait peut-être là une exagération. Sans doute, la circonstance que la dot était restituable devint le caractère le plus saillant, et comme la marque distinctive de la constitution de dot. Cependant, une femme *in manu* ne pouvait-elle pas être dotée par un tiers qui conférait au mari la propriété définitive de certains biens, faute d'en pouvoir assurer la reprise à la femme? Et cet acte ne demeurait-il pas distinct et d'une nature toute spéciale, sorte de donation qui empruntait

constitution de dot, il y a donation d'une créance au moment même où elle prend naissance. « On pourrait se demander, dit-il, s'il n'y a pas simplement (de la part du constituant) renonciation à une acquisition éventuelle, ce qui exclurait la donation. Mais ici le donateur fait tout ce qui est nécessaire pour acquérir une créance; s'il la transmet immédiatement au donataire, ce n'est qu'un moyen d'abréger la transaction, et il obtient précisément le même résultat que s'il avait d'abord acquis, puis cédé la créance » (*Dr. rom.*, trad. Guenoux, t. IV, p. 128).

(1) Loi 1, § 6, D. XIII, 5; l. 23, D. L, 17.

aux charges du mariage les effets d'un acte à titre onéreux ?

L'opinion qui investit la femme d'une créance conditionnelle en restitution de sa dot au cours même du mariage, et dans laquelle on peut logiquement la considérer comme l'ayant-cause, à titre gratuit, du tiers constituant, a longtemps prévalu; elle a récemment été contestée par deux professeurs allemands, MM. Bechmann et Czyhlarz. Ils ne semblent pas connaître le système qui met un quasi-contrat à la base du droit de la femme. Ce droit, nous dit Czyhlarz, ne peut exister pendant le mariage, car la stipulation tacite qui en rendrait compte ne peut être admise dans tous les cas. En effet, quand la dot provient d'un tiers, la femme est investie du droit de la recueillir à la dissolution du mariage, alors même qu'elle a ignoré la constitution de dot, dans une hypothèse, par conséquent, où elle n'aurait pu faire expressément la stipulation d'où dériverait sa créance. Je crois cette argumentation très exacte (1), mais elle n'atteint aucunement le système qui explique l'action dotale par un quasi-contrat.

Qu'était donc le droit de la femme, à la reprise de sa dot, dans l'opinion qui lui dénie une créance pendant la durée du mariage, et d'où procédait-il ? Du fait même de la dissolution du mariage, du préjudice qu'éprouvait la

(1) Il est indéniable qu'un tiers pouvait constituer une dot au nom de la femme à son insu et même malgré elle, et que cependant elle avait le bénéfice de l'action dotale. Le seul texte qui permettrait de révoquer ce point en doute est le § 269 du frag. du Vatican, d'après une certaine lecture qu'on en a proposée : on l'a invoqué pour soutenir qu'un père ne pouvait constituer une dot à sa fille sans qu'elle y consentît. Mais il vaut mieux interpréter ce texte, dont quelques mots sont incomplets ou illisibles, en ce sens qu'un mari ne pouvait, malgré sa femme, employer les biens de cette dernière à doter sa fille. Ainsi compris, le texte porte une règle qui se retrouve dans plusieurs autres lois : loi 34, Dig. xxiii, 3; loi 14 C., v, 12.

femme à qui le mariage avait procuré une situation avantageuse, et qui, veuve ou répudiée, se retrouvait sans ressources et sans famille. Qu'on analyse avec précision le droit de la femme : qu'y découvre-t-on? On voit qu'il se réduit à l'*æquius melius*, ou, plus exactement, à ce qu'on peut, sans injustice, retirer au mari pour l'attribuer à la femme (1). On voit que le juge a les pouvoirs les plus étendus pour la détermination des droits de la femme, et que sa faculté d'appréciation est bien plus large encore que dans les actions de bonne foi; on observe enfin que ce droit est intransmissible aux héritiers de la femme, non pas en ce sens qu'il ne s'ouvre pas en leur personne, qu'il ne leur appartient pas en cas de prédécès de la femme, mais qu'il ne peut être exercé par les héritiers de la femme divorcée ou survivante. Ce sont là les traits caractéristiques d'un petit nombre d'actions d'une nature très spéciale, appelées *actiones in æquum et bonum conceptæ :* l'action d'injures, la *querela inofficiosi testamenti*. Ces actions, si elles aboutissent à une réparation pécuniaire, n'ont rien de pécuniaire dans leur principe; elles dérivent d'un préjudice moral causé à la personne qui les exerce. Voilà pourquoi elles sont absolument personnelles, et pourquoi le juge a un pouvoir d'appréciation presque discrétionnaire.

La femme (ou un tiers en son nom) a fait des sacrifices pour se procurer l'avantage d'un établissement; le divorce ou le prédécès de son mari vient déjouer ses prévisions : c'est de la dissolution même du mariage que procède son droit ou, plus exactement, c'est du pré-

(1) Quand la théorie des *retentiones* se fut formée, le juge de l'action *rei uxoriæ* examinait non pas ce que l'équité permettait de retirer au mari, mais ce qu'elle commandait de lui laisser.

judice qu'elle en éprouve. Ce droit ne peut pas naître avant le préjudice qui en est la cause : il ne naît qu'à la dissolution du mariage. Ainsi se trouvent expliqués les caractères spéciaux du droit de la femme; en même temps (et c'est surtout pour ce motif que la théorie qui nous occupe a trouvé crédit), le principe de la perpétuité de la dot se trouve respecté, en dépit de la restitution dont elle est l'objet. Cette restitution n'est pas une conséquence de la constitution même de la dot; elle apparaît comme un tempérament d'équité : il était dû réparation à la femme du préjudice qu'elle éprouvait, et l'on ne pouvait mieux faire que de lui rendre tout ou partie des biens qu'elle avait apportés.

Peut-être trouvera-t-on malaisé de faire dériver l'action *rei uxoriæ,* ainsi comprise, des *cautiones rei uxoriæ*. Et, en effet, Czyhlarz prétend que ce sont là deux institutions très différentes, sans lien nécessaire; qu'il est impossible de dire à quelle époque les *cautiones rei uxoriæ* étaient usitées, et qu'on n'est pas autorisé à y voir l'origine de l'action *rei uxoriæ* (1). Si cette assertion était exacte, elle élèverait contre la théorie nouvelle un fâcheux préjugé. Si les *cautiones rei uxoriæ* n'ont pas précédé l'action *rei uxoriæ*, leur emploi est inexplicable; et si elles l'ont précédée, elles en sont nécessairement la source. C'est ce que M. Gide semble reconnaître sans contestation possible (2). Et cependant, comment, des *cautiones rei uxoriæ* qui procuraient une créance à la femme du jour de la constitution de la dot, a-t-on pu faire dériver un droit qui naissait seulement à la dissolution du mariage? Il y a plus : des caractères spéciaux de l'action *rei uxoriæ,* nous avons conclu qu'elle devait

(1) *Op. cit.*, § 8, p. 40, et § 12, p. 49.
(2) *Du caractère de la dot*, p. 507 et p. 512, édit. Esmein.

tendre à la réparation d'un préjudice, et que le droit qu'elle sanctionnait ne naissait qu'à la dissolution du mariage. Or, dans les *cautiones rei uxoriæ*, la femme stipulait l'*æquius melius*, en prévision d'une répudiation injuste, et son droit, qui datait de la constitution même de la dot, présentait tous les caractères du droit sanctionné par l'action *rei uxoriæ*, qu'on fait naître seulement à la dissolution du mariage. A quoi l'on peut répondre que si la créance de la femme résultait d'une convention expresse, elle était subordonnée à une condition essentielle : l'existence d'un préjudice occasionné par un divorce injuste. La constatation de ce préjudice était l'objet d'un examen délicat, tandis que la convention était facilement prouvée. Aussi peut-on croire que, quand la pratique eut fait admettre le droit de la femme, indépendamment de toute convention, ce droit fut considéré comme la conséquence immédiate du préjudice qu'il supposait et ne fut pas rattaché à un contrat ni à un quasi-contrat. Cette manière de voir permettait, d'ailleurs, d'accorder à la femme mariée avec *manus* la reprise de la dot qu'un tiers avait constituée, et même de ses biens personnels sur lesquels s'était étendu le pouvoir du mari (1).

(1) Il semble bien que la fortune d'une femme mariée avec *manus* formait sa dot, c'est-à-dire un ensemble de biens susceptibles de restitution, puisque Cicéron, se demandant si une femme peut constituer tous ses biens en dot, conclut affirmativement de ce qui se passe dans le mariage avec *manus* (*Top.* IV, 23. Cf. fr. Vat., n° 115).

M. Czyhlarz va jusqu'à prétendre (*op. cit.*, § 8, *in fine*, p. 41), que l'action *rei uxoriæ* ne fut primitivement instituée qu'au profit des femmes *in manu*. Voici comment il raisonne : L'action *rei uxoriæ* fut d'abord accordée aux femmes divorcées, et plus tard seulement aux femmes survivant à leurs maris. Or, à l'époque où elle reçut son application première, le mariage avec *manus* devait seul être usité ; car une femme libre aurait eu aussi grand besoin de l'action dotale en cas de prédécès du mari qu'en cas de divorce. La femme mariée avec *manus*, au contraire, n'avait besoin de l'action dotale qu'en cas de divorce ; car,

Comprenant ainsi le droit que la femme exerce par l'action *rei uxoriæ,* comment expliquer les textes qui supposent que ce droit existait déjà pendant le mariage? Je ne fais pas allusion à certaines lois qui, mettant en parallèle l'acquisition du mari et celle de la femme, pourraient faire croire qu'elles procédaient du même acte et dataient du même moment. (L. 75, D. XXIII, 3; l. 15, § 3 D., II, 8.) Il existe des textes plus embarrassants encore. La loi 43, § 1, D. *de Adm. et peric. test.* (XXVI, 7), suppose que le curateur d'une femme a constitué une dot en son nom, *non donandi animo, sed negotii gerendi causa;* la somme qu'il a promise excédait la fortune de la femme, et il a été contraint de la fournir de ses propres biens. Est-il, de ce chef, devenu créancier de la femme? Oui, répond le jurisconsulte Paul : après le mariage dissous, parce qu'elle a une action contre son mari; et même au cours du mariage, *parce qu'elle a une dot.* Ce texte me paraît justement exclure la créance dotale tant que dure le mariage; car, s'il reconnaît une créance au curateur, c'est uniquement parce que la femme est dotée, parce que sa dot lui a permis de trouver un mari et d'augmenter le bien-être de la famille, dont elle bénéficie [1]. Avant même l'admission de l'action do-

en cas de prédécès du mari, elle était, en qualité de fille, *loco filiæ,* appelée à sa succession. Cette argumentation est très faible : la femme *in manu* pouvait avoir été omise dans le testament du mari, et sa vocation successorale *ab intestat* être ainsi dénuée de tout effet; car il est probable que la *querela inofficiosi testamenti* n'existait pas encore quand l'action *rei uxoriæ* s'introduisit. Quand la *querela* fut admise, la femme *in manu,* survivant à son mari et exhérédée par lui, pouvait-elle exercer la *querela,* ou devait-elle recourir à l'action dotale? Pouvait-elle en cumuler le bénéfice? Nous n'avons aucun élément de décision. Quoi qu'il en soit, on comprend que Czyhlarz, suivant qui l'action dotale ne fut d'abord ouverte qu'à la femme mariée avec *manus,* ne la fasse pas découler des *cautiones rei uxoriæ.*

(1) C'est par cette idée qu'on peut expliquer la loi 75 D. (XXIII, 3), qui déclare que, pendant le mariage, la femme a l'émolument de la dot.

tale, on disait d'une femme qu'elle avait une dot, par cela seul qu'elle avait apporté des biens à son mari. Ce texte me paraît donc sans portée dans la question.

La loi 21 D., *de Manumis.* (XLI, 1), suppose qu'un mari insolvable a affranchi l'esclave constitué en dot; l'affranchissement est nul, bien que le mari n'ait pas d'autres créanciers : *Ut constante matrimonio, deberi dos intelligatur*. Les termes mêmes dont se sert la loi : « La dot est censée être due, » donnent à penser qu'il s'agit là d'une fiction légale destinée à protéger le droit de la femme et à permettre d'annuler l'affranchissement.

Pour établir que le droit de la femme est antérieur à la dissolution du mariage, on invoque plusieurs textes qui déclarent le mari tenu de son dol et de sa faute au cours même du mariage [1]. Ces textes ne sont pas très probants; on ne veut pas que le mari puisse, par avance, rendre inefficace la créance de la femme qui est susceptible de naître, mais qui n'existe pas encore, même à titre conditionnel. C'est ainsi que l'émancipé répond de son dol et de sa faute depuis la mort du *pater*, quoiqu'il ne soit dans l'obligation d'effectuer la *collatio* qu'à partir de l'acquisition de la *bonorum possessio*.

On a observé qu'un fidéjusseur pouvait être donné, qu'une hypothèque pouvait être constituée en vue d'assurer la restitution de la dot; il ne s'ensuit nullement que la femme devait avoir pendant le mariage une créance au moins conditionnelle, car une créance sim-

Quant à la loi 15, § 3 D. (II, 8), c'est plutôt par l'idée du droit au moins éventuel à la restitution de sa dot, qu'à la femme au cours du mariage, qu'on peut en rendre compte.

(1) Loi 24, § 5 D., *Sol. matr.*, XXIV, 3. On peut observer que le mari est déjà responsable de son dol et de sa faute, même avant la conclusion du mariage, si la dot lui a déjà été payée, alors qu'on ne sait pas si c'est l'action *rei uxoriæ* après le mariage dissous, ou la *condictio*, faute de conclusion du mariage, qu'il y aura lieu d'exercer.

plement éventuelle peut recevoir de semblables garanties (1).

Enfin, on a cité les textes nombreux (2) qui rattacheraient le droit de la femme à un contrat, sans doute à une stipulation tacite. Mais ces textes ne semblent pas employer le mot contrat dans un sens technique; c'est ainsi que le § 88 du Commentaire III de Gaius oppose aux obligations qui résultent des délits, celles qui dérivent de toute autre cause; d'autres textes rapprochent l'obligation du mari de restituer la dot, des obligations qu'entraîne le fait d'assumer une tutelle ou de gérer les affaires d'autrui. Nous ne sommes donc pas obligé, par ces textes, de mettre une stipulation tacite à la base du droit de la femme, d'autant que ce droit existe même quand la femme a ignoré la constitution de dot, quand on ne peut dès lors lui prêter une convention, même tacite. A défaut de contrat, on pourrait admettre l'existence d'un quasi-contrat. Il y aurait donc contrat quand la femme a connu la constitution de dot, quasi-contrat quand elle l'a ignorée; et même on pourrait, dans tous les cas, mettre un quasi-contrat à la base de son droit. C'est d'un quasi-contrat que dérivent les obligations d'un tuteur, d'un gérant d'affaires; le rapprochement des obligations dérivant *ex causa dotis*

(1) Il faut en effet reconnaître à la femme une créance future, susceptible de naître à la dissolution du mariage. Nous verrons que cette simple expectative d'un droit à venir n'est pas dépourvue d'importance au cours même du mariage. L'obligation future est une obligation qui n'existe pas encore; mais elle suppose qu'il existe déjà entre les parties un certain lien qui ne leur permet pas, sinon d'un commun accord, de mettre obstacle à la formation du rapport obligatoire. Marcien déclare expressément qu'une obligation future peut être garantie par une hypothèque : *Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.* (Loi 5 D., *de Pig et hyp.*, xx, 17; cf. loi 4 D., *Quæ res pig.*, xx, 3, et loi 11, § 3, *Qui potior.*, xx, 4).

(1) Loi 5, § 2 D. (xiii, 6); loi 1, § 6 D. (xiii, 5); loi 23 D. (l, 17).

et *ex causa tutelæ*, qu'on rencontre dans la loi 1, § 6 D. (XIII, 5), dans la loi 23, D. (L, 17), n'est-il pas voulu et significatif? Assurément, l'idée d'un quasi-contrat en vertu duquel le mari serait tenu de rendre la dot à la femme explique d'une manière satisfaisante le droit de celle-ci, même quand elle a ignoré la constitution de dot; c'est ainsi que le droit du légataire, vis-à-vis de l'héritier institué, a sa source dans un quasi-contrat. Cependant il vaut mieux adopter, comme a fait M. Gide, la théorie nouvellement produite en Allemagne; elle rend parfaitement compte des caractères spéciaux du droit de la femme; elle permet d'admettre, comme plusieurs documents semblent l'indiquer, que la femme *in manu* avait une dot; enfin, plusieurs textes (1) qui, à propos de la restitution de la dot, supposent que la dot peut être due en vertu de plusieurs *causæ,* semblent se référer à plusieurs sources du droit de la femme, c'est-à-dire aux différents modes de dissolution du mariage, et non pas à une source unique. Tant que fut usitée l'action *rei uxoriæ,* la femme n'avait donc pas, pendant le mariage, une créance conditionnelle en restitution de sa dot, créance subordonnée à tel ou tel mode de dissolution du mariage; son droit naissait de la dissolution même du mariage, par suite du divorce ou du prédécès du mari (2).

(1) Loi 50, D. (XXIV, 3). « Æstimatis rebus in dotem datis, pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur. » Cf. loi 22, D., *Sol. matr.*, XXIV, 5.

A tous les arguments présentés plus haut pour établir la nature du droit de la femme, on ajoute parfois que son droit n'est jamais appelé par les textes une *obligatio;* cette remarque n'est pas pleinement exacte car la loi 34, § 6, *de Sol. et lib.*, XLIV, 3, prévoyant que l'action dotale appartient à un *pater adjecta filiæ persona,* dit de la femme qu'elle est « in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patris. »

(2) Quand l'action dotale appartient au père, *mortua in matrimonio filia,* le motif qui l'explique ne donne-t-il pas lieu de supposer que le

L'action *rei uxoriæ* perdit beaucoup de son utilité quand s'introduisit et se généralisa la pratique de stipulations expresses par lesquelles la femme se ménageait la reprise de sa dot, dans tous les cas de dissolution du mariage. Le droit qui naissait de telles stipulations était certainement une créance, créance à terme et non pas conditionnelle, puisque, quoi qu'il arrivât, la femme obtenait la dot quand le mariage avait pris fin. Par une constitution celèbre de l'an 530 (loi unique, C. v, 13), Justinien fondit en une seule action l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu ;* il accorda, dans tous les cas, à la femme la reprise de la dot, sans qu'elle eût recouru à aucune convention spéciale ; l'action dont il l'investit à cet effet réunissait les avantages de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu.* Il semble bien qu'à la base de cette action, Justinien plaçait une convention présumée, une *ficta stipulatio.* Aussi, M. Gide (1) ne met-il pas un seul instant en doute que le droit de la femme fût une créance à terme qui naissait au moment de la constitution de la dot. En cela, il s'écarte de l'opinion de MM. Bechmann et Czyhlarz (2) ; ceux-ci font toujours dériver le droit de la femme de la dissolution même du mariage ; et c'est à ce moment qu'ils en placent la naissance. En parlant de *ficta stipulatio,* l'empereur n'aurait pas voulu dire que la créance dotale naissait d'une convention tacite, mais qu'elle s'ouvrait dans tous les cas à la dissolution du mariage, comme si une stipulation expresse était intervenue. Cette opinion fantaisiste ne

droit du père ne naît qu'à la dissolution du mariage? Si le père, qui avait droit à restitution de la dot profectice, avait eu une créance conditionnelle, il faudrait donc admettre, à l'encontre du mari, l'existence de plusieurs créances conditionnelles ?

(1) *Du caractère de la dot,* p. 531, édit. Esmein.

(2) Czyhlarz, *Op. cit.*, § 64, p. 218.

trouve aucun appui dans les textes ; on se demande quel pouvait être son intérêt, même théorique, à une époque où il ne subsistait plus rien du principe de la perpétuité de la dot.

Peut-être même, en l'année 530, n'était-ce pas seulement un droit de créance qu'il fallait reconnaître à la femme ; ou plutôt, les sûretés dont cette créance était entourée lui donnaient sans doute l'importance et les effets d'un véritable droit de propriété. C'est là une question célèbre qui ne rentre pas dans notre cadre ; le droit de la femme à la restitution de la dot ne fait pas l'objet de cette étude ; nous avons dû cependant le faire connaître, le décrire exactement, avant de nous demander si, à raison de ce droit, la femme peut être considérée comme l'ayant-cause du constituant de la dot : c'est ce qu'il nous faut rechercher.

III

On rencontre nombre de lois romaines qui traitent la femme comme l'acquéreur à titre gratuit du constituant de la dot. Qu'elle fasse un bénéfice purement gratuit quand elle recueille les biens dotaux, c'est ce que nous avons établi en commençant. Mais comment comprendre qu'elle soit redevable au tiers constituant de l'avantage qu'elle obtient ? C'est, à la rigueur, admissible dans l'opinion qui fait dériver le droit de la femme d'une stipulation tacite ou d'un quasi-contrat ; mais comment prétendre que la femme est donataire, si l'on admet que sa créance naît à la dissolution du mariage ? Au moment de la constitution de la dot, à l'époque où le constituant s'est appauvri, où son intention généreuse aurait pu se

manifester, la femme n'a rien acquis, elle n'a pas fait un bénéfice appréciable qui permette de la traiter comme une donataire. Se place-t-on à l'époque de la dissolution du mariage, à l'époque où son droit latent, inexistant, prend tout à coup naissance, le rôle du constituant est depuis longtemps terminé; à l'enrichissement de la femme, au bénéfice qui lui survient inopinément, ne correspond aucun appauvrissement du prétendu donateur.

Ces deux objections ne sont pas également fortes, et l'alternative ne nous embarrasse pas. Si la femme, au moment de la constitution de la dot, ne devient pas créancière, même conditionnelle, est-ce à dire qu'elle n'acquiert rien ? Elle acquiert un droit éventuel, l'expectative d'un droit susceptible de se réaliser un jour. Si incertain et aléatoire qu'il soit, ce bénéfice représente une acquisition. Que l'espérance de la femme soit déçue, que l'action *rei uxoriæ* ne s'ouvre pas, la femme n'en aura pas moins été enrichie; c'est comme si elle avait été investie d'une créance conditionnelle, et que la condition fût venue à défaillir.

Mais c'est la loi, ou plus exactement la coutume, la pratique, qui a institué l'aotion *rei uxoriæ ;* la constitution de dot n'est qu'une condition de son exercice, et c'est en définitive à la loi que la femme est redevable de son acquisition. Je réponds que le constituant, qui connaissait les effets de l'action *rei uxoriæ* et qui n'a pas cherché à les paralyser par une stipulation de restitution à son profit, a voulu procurer à la femme le bénéfice de la créance dotale. On objectera peut-être que le constituant ne s'appauvrit pas ; qu'en s'abstenant de stipuler la restitution de la dot, il manque de gagner; qu'il néglige de s'enrichir, comme un héritier qui répudie une succession; qu'il n'est donc pas donateur. Les deux si-

tuations sont très différentes ; on oublie qu'avant de s'abstenir d'un bénéfice, le constituant s'est appauvri, qu'il s'est dépouillé gratuitement des biens dotaux, qu'il a fait une donation ; sa donation était principalement adressée au mari, mais en même temps il procurait à la femme le bénéfice de l'action *rei uxoriæ ;* et il a donné à la femme, en la mettant à même d'exercer l'action dotale. En d'autres termes, il a mis aux mains du mari certains biens, afin que, à la dissolution du mariage, ils fussent attribués à la femme conformément aux règles de la loi : DONASSE MAGIS MULIERI *quam sibi aliquid jus servasse, extraneus non stipulando videtur* (1).

Quant à l'acceptation de la femme, elle résulte suffisamment de ce que la dot a été constituée avec son consentement.

C'est ainsi que la femme était donataire du constituant quand elle obtenait la dot par l'action *rei uxoriæ*. Si elle avait recouru à une stipulation expresse, il fallait, sous cette convention, voir une opération plus compliquée. Le constituant était censé s'être ménagé la reprise de la dot, et la femme avoir stipulé de lui l'avantage qu'il s'était réservé. C'est de la même manière qu'il faut comprendre la *stipulatio ficta,* sur laquelle reposait la nouvelle action dotale organisée en l'an 530.

Les solutions qui précèdent ont été contestées; M. Bechmann a soutenu que la femme ne peut être considérée comme l'ayant-cause à titre gratuit du constituant de la dot que dans une hypothèse très étroite (2). Jamais elle ne serait donataire du constituant quand elle se prévaut de l'action *rei uxoriæ;* non pas que le savant professeur nie qu'elle s'enrichisse, mais il con-

(1) Loi unique, § 13, *de Rei uxor. act.*, v, 12.
(2) *Das römische Dotalrecht,* I, p. 61 et suiv., et p. 215 et suiv.

teste plutôt chez le constituant l'intention libérale, et chez la femme la volonté de recevoir, l'acceptation. C'est dans un cas très spécial qu'il considère comme une donataire la femme qui a expressément stipulé la reprise de la dot. Au fond, l'argumentation de Bechmann repose principalement sur l'interprétation de deux textes ; et c'est pour justifier la signification étroite qu'il leur prête, que l'auteur fait appel aux éléments constitutifs de la donation.

La loi 31 pr., C. (v, 12) suppose qu'une femme s'est réservé par stipulation la reprise d'une dot constituée par un tiers à son mari. Justinien nous apprend qu'elle était en pareil cas donataire du constituant, et, comme telle, astreinte à l'insinuation ; l'empereur la dispense de cette formalité. Or, nous dit Bechmann, ce texte déclare la femme donataire, mais à deux conditions : si c'est en vertu d'une stipulation formelle que la dot lui est restituable, et si cette stipulation est intervenue en prévision d'un cas tout spécial de dissolution du mariage *(fortuitus casus)*.

Personne n'avait jamais prétendu que la loi 31 pr. visât une hypothèse si étroite. Et quel est donc ce cas unique de dissolution du mariage, dans lequel la femme pourra être donataire ? Bechmann le déduit d'une loi du code Théodosien (loi 3, III, 13), due aux empereurs Honorius et Théodose.

Si constante matrimonio, maritus fuerit fatali sorte consumptus, dos quæ data dicitur vel promissa ex ejus uxoris facultatibus ad feminam revertatur, nihilque sibi ex hoc defuncti heres audeat vindicare quod ad mulierem recurrere fecit obitus maritalis (1).

(1) Cette première partie de la loi 3, C. Théod., III, 13, forme au code Justinien la loi 11, *Sol. matr.* (v, 18). La suite du même texte forme la loi unique, C , *Si dos const. matr.* (v, 19).

Aux termes de cette constitution, la femme peut réclamer par l'action *rei uxoriæ*, en cas de mort du mari, la dot qu'elle avait constituée de ses propres biens ; rien n'indique qu'elle eût le même droit quand la dot avait été constituée par un tiers. Bechmann en conclut que l'action *rei uxoriæ* ne lui était pas ouverte en pareil cas; force lui était donc de recourir à une stipulation expresse.

Or, la femme sera donataire du constituant, quand elle se sera ménagé la reprise de la dot constituée par un tiers, à l'aide d'une stipulation expresse faite en prévision de la mort du mari. A ces conditions, Bechmann en ajoute une autre : il faut que cette stipulation ait été connue du constituant.

En raison, comment justifier de telles exigences? En argumentant de la façon suivante :

Quand la femme réclamait sa dot par l'action *rei uxoriæ,* elle n'était pas donataire, parce qu'on ne découvrait pas chez le constituant l'*animus donandi*, chez la femme la volonté de recevoir une libéralité. C'est assurément pour cela que la loi 31 pr. ne dispense la femme de l'insinuation que quand elle exerçait l'action *ex stipulatu.* Encore n'est-elle pas donataire toutes les fois qu'elle a recouru à une stipulation expresse. Quand, en pareille hypothèse, le mariage prend fin dans des conditions telles que l'action *rei uxoriæ* eût été ouverte à la femme, l'action *ex stipulatu* ne lui fait rien obtenir qu'elle n'ait déjà, de par la loi. Faute d'enrichissement, la femme n'est pas donataire; elle ne peut donc être considérée comme un acquéreur à titre gratuit que quand elle s'est ménagé l'action *ex stipulatu*, dans une hypothèse où l'action *rei uxoriæ* ne lui appartenait pas. Ainsi en est-il, de l'aveu de tous, en cas de prédécès de la femme; mais l'hypothèse que Bechmann a en vue est

très différente : c'est celle de la dissolution du mariage par le prédécès du mari, quand la dot avait été constituée par un tiers.

Nous avons démontré par avance que la constitution de dot présentait les éléments constitutifs d'une donation faite à la femme. Nous n'y reviendrons pas ; nous établirons seulement que Bechmann donne une interprétation inexacte des textes sur lesquels il s'appuie. Son erreur provient de ce qu'il reconnaît à l'action *rei uxoriæ* un champ d'application trop étroit.

On sait que cette action, admise d'abord en cas de divorce, fut plus tard étendue au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Que, dans son application première, l'action *rei uxoriæ* soit due à la pratique, à la jurisprudence, nul n'y contredit; mais Ulpien (1) ne mentionne pas que le prédécès du mari donne ouverture à cette action, et Bechmann en conjecture qu'en ce cas, elle était ouverte *utiliter*. En effet, c'est incontestablement au préteur qu'est due la règle suivant laquelle la femme survivante ne peut pas cumuler le bénéfice du *legatum dotis* et de l'action *rei uxoriæ;* c'est donc le préteur qui aurait accordé cette action à la femme survivante, mais en y mettant la réserve très équitable contenue dans l'édit *de alterutro*. Enfin, l'action n'aurait été étendue que dans l'hypothèse où la restitution de la dot s'imposait particulièrement, quand elle avait été fournie par la femme elle-même. Ce résultat apparaîtrait clairement dans la constitution des empereurs Honorius et Théodose.

Ces déductions hasardées ont conduit à une solution arbitraire qui n'a obtenu aucun crédit. L'extension de l'action *rei uxoriæ* au prédécès du mari, comme son

(1) Ulp., *Regulæ*, t. VI, § 6.

introduction, n'est pas l'œuvre du préteur, mais résulte d'un usage répété; or, la pratique s'inspire moins de l'équité que de l'utilité, et la femme n'avait pas plus d'intérêt à reprendre la dot qu'elle avait elle-même constituée que celle qu'un tiers avait fournie. Les textes prouvent à l'évidence que le prédécès du mari donnait lieu à la restitution de toute dot, d'où qu'elle provînt. Notre loi 31 pr. elle-même se termine par ces mots : *Atque in aliis omnibus casibus in quibus non est stipulatus, tristitiæ suæ mulier hoc proprium habeat solatium.* Cette proposition n'embarrasse guère Bechmann : « Au reste, nous dit-il, il n'est pas besoin d'une sagacité particulière pour voir que la fin de la loi 31 pr. a été interpolée à cause de la loi unique au Code (v, 13). » La loi 31 pr. aurait été interpolée quand la dot fut, dans tous les cas, restituable en vertu d'une *ficta stipulatio.* Interrogeons donc la loi unique (v, 13); elle contredit ouvertement l'hypothèse construite par Bechmann : Avant l'institution de la nouvelle action dotale, nous dit-elle, *si quando extraneus dotem dabat, nulla stipulatione vel pacto pro restitutione in ejus personam facto,* QUISQUIS IS FUERAT, MULIER HABEBAT REI UXORIÆ ACTIONEM. Prétendra-t-on qu'il n'en était ainsi qu'en cas de divorce?

En présence de semblables témoignages, la constitution d'Honorius et de Théodose se réduit à une décision d'espèce; c'est un rescrit obtenu par une femme à qui les héritiers du mari refusaient la restitution d'une dot constituée par un tiers.

Dès lors, ce n'est pas seulement une hypothèse très étroite que vise la loi 31 pr.; c'est dans tous les cas où la dot est restituée, que la femme est déclarée donataire du constituant et dispensée de l'insinuation. Il n'en est pas seulement ainsi quand elle se prévaut d'une stipulation expresse ; si le texte prévoit cette hypothèse, c'est

pour construire une espèce sur laquelle il puisse raisonner : la fréquence des stipulations expresses, qui devait amener, l'année suivante, la transformation de l'action dotale, explique que Justinien ait choisi cet exemple; mais les derniers mots du texte, qui se réfèrent manifestement à l'exercice de l'action dotale, prouvent à l'évidence que c'est dans tous les cas où la femme obtenait la dot qu'elle était donataire; ils corrigent ce que l'hypothèse construite par Justinien avait de trop étroit.

Quand l'action *rei uxoriæ* eut disparu, M. Bechmann devrait admettre, semble-t-il, que la femme invoquant l'action *ex stipulatu* était toujours donataire du constituant; elle s'enrichissait toujours, puisqu'elle était toujours censée se ménager un avantage que la loi ne lui procurait pas. Tout au contraire, à partir de l'année 530, la femme n'aurait jamais été donataire. Suivant Bechmann, en effet, c'était toujours à la loi qu'elle était redevable de son droit; en parlant de *ficta stipulatio,* l'empereur n'avait pas entendu faire dériver la créance dotale d'une convention tacite, mais il avait déclaré que cette créance était attachée par la loi à tous les cas de dissolution du mariage, comme s'il avait été fait une stipulation. Nous avons déjà dit que cette théorie n'avait aucun fondement sérieux.

Nous revenons donc à nos conclusions premières : la femme est donataire du constituant, par cela seul que l'action *rei uxoriæ*, ou une action née d'une stipulation formelle, ou enfin l'action dotale organisée en l'an 530, lui donne un droit, même éventuel, à la restitution de la dot. Les textes confirment cette manière de voir; je ne fais pas allusion aux lois qui appliquent à la femme les règles relatives aux donations, et à celles surtout qui la dispensent de quelques-unes de ces règles : ces lois,

qui ne laissent aucun doute sur la nature de son droit, feront l'objet d'une étude principale. Je veux citer seulement celles qui, à propos de la femme, emploient le mot même de *donatio*. Toutes ne sont pas également probantes; quelques-unes, en effet, comme la loi 43, § 1, D. xxiii, 3, se réfèrent à l'hypothèse où le bénéfice fait par la femme ne se réduit pas au droit de reprendre la dot par l'action dotale, mais où elle est investie de la *condictio* dans le cas où le mariage vient à manquer. Mais la loi 43, § 1, D. xxvi, 7, parlant d'une constitution de dot faite par un tiers au nom de la femme, dit que ce tiers a pu y procéder *donandi animo;* et la loi 17 au Code (vi, 20) qualifie la dot de *donatio :* dans l'espèce prévue par ces deux textes, la libéralité se réduisait au bénéfice de l'action dotale. Que si la loi 25, § 1 (xlii, 8) nous dit de la femme : *Quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse,* il ne faut pas croire que c'était par un abus de langage que la dot était qualifiée de donation ; mais Venuleius, qui, dans ce texte, se refuse à traiter la femme comme une donataire, ne pouvait, exposant l'opinion de ses adversaires, reconnaître pleinement dans l'opération un acte à titre gratuit.

La femme est donataire en principe; mais, dans certains cas, elle ne sera pas traitée à tous égards comme l'ayant-cause à titre gratuit du constituant.

Ainsi en est-il d'abord quand elle n'a pas connu la constitution de dot faite en son nom; elle avait droit cependant à la restitution de cette dot. Soit qu'on fasse naître sa créance de la dissolution du mariage, soit qu'on l'explique par une convention tacite, et plus spécialement, dans le cas qui nous occupe, par un quasi-contrat, il est impossible de traiter la femme comme une donataire, à raison d'un bénéfice qu'elle n'a pas accepté. Telle n'est pas à la vérité l'opinion de M. de

Savigny [1]; il reconnaît que la donation exige le consentement des deux parties, et spécialement l'acceptation du donataire, quand elle se produit sous la forme d'une convention. Mais la donation peut exister indépendamment de tout contrat, et peut alors procurer au donataire un bénéfice qu'il n'ait pas accepté ; c'est ainsi que l'acquisition de l'action *rei uxoriæ* résulte au profit de la femme d'une constitution de dot qu'elle a ignorée. Cependant, comment peut-on la traiter comme une donataire? La loi impose au donataire la reconnaissance envers le donateur : comment exiger de la femme qu'elle soit reconnaissante d'un bienfait qu'elle ignore? (*Add. arg.* l. 69, D. L. 17, l. 19, § 2, D. xxxix, 5.)

On admet généralement que les avantages gratuits procurés à une personne, à son insu, doivent être respectés, mais que leur maintien n'exige pas l'observation des formalités ou des règles particulières admises en matière de donation : la loi Cincia et l'insinuation ne trouvent pas leur application; la prohibition de donations entre époux n'est pas respectée; enfin, il n'y a pas lieu à révocation pour cause d'ingratitude du bénéficiaire de la libéralité. Nous verrons que la constitution de dot était dans tous les cas dispensée des conditions de la loi Cincia et des formalités de l'insinuation; en outre, s'agissant du bénéfice que retire la femme de la restitution d'une dot constituée par un tiers, il est évident que la prohibition des donations entre époux n'a pas ici sa place. L'ignorance par la femme de la constitution de dot a donc un seul effet : elle ne peut être privée, pour cause d'ingratitude, du bénéfice éventuel que lui procure l'action dotale. On voit qu'il s'agit uniquement de conserver à la femme l'avantage qu'elle a

(1) *Traité du dr. rom.*, trad. Guenoux, IV, p. 149 et suiv.

acquis, tant qu'elle l'ignore ; on écarte à cet effet une des conséquences habituelles aux donations. Quant aux autres effets des actes à titre gratuit, qui impliquent chez la femme la connaissance de la libéralité dont elle a été l'objet, il est manifeste qu'ils se produisent. En conséquence, même dans l'hypothèse qui nous occupe, la femme est donataire du constituant; mais un des effets des donations est écarté, au moins provisoirement.

La femme n'est pas non plus donataire quand le constituant était dans l'obligation de la doter.

C'est une question débattue que celle de savoir si les ascendants étaient dans l'obligation naturelle de doter leurs descendantes. Si on admet l'affirmative, il faut reconnaître que l'ascendant qui dotait ne faisait pas une donation, puisqu'il ne s'appauvrissait pas, mais qu'il s'exonérait d'une obligation (1). Mais aucun texte ne nous indique à quelle époque et à l'égard de quels ascendants cette obligation naturelle aurait existé. Nous avons déjà cité la loi 32, § 2 D., *Cond. ind.* (XII, 6) : il est difficile de deméler si elle fait allusion à une obligation imposée à la femme de se doter, ou à un devoir de la mère de constituer une dot à sa fille. Si on interprète le texte dans ce dernier sens, l'obligation naturelle de doter s'appliquerait donc à la mère : on s'expliquerait assez bien qu'il ne fût pas fait mention d'une obligation analogue à la charge des ascendants paternels, puisqu'à l'époque où la loi 32, § 2, a été écrite, ils étaient grevés de l'obligation légale de doter leurs descendantes.

L'existence de cette obligation naturelle est plus qu'incertaine. Si on l'admet, il faut la ranger au nombre de celles qui « dérivent d'un devoir moral que la loi n'a

(1) SAVIGNY, *Traité du dr. rom.*, trad. Guenoux, p. 59.

pas jugé à propos d'ériger en obligation proprement dite. » M. Accarias les déclare rares et peu intéressantes (1); elles ne pouvaient avoir d'autre effet que de servir de cause à un paiement, à une prestation non susceptible de répétition. Or, est-il besoin de faire intervenir l'idée d'une obligation naturelle pour admettre qu'une dot constituée par une personne qui se croyait à tort débitrice, ne peut pas être répétée? Les charges assumées par le mari n'entraînent-elles pas cette conséquence? C'est ainsi qu'une personne qui croyait être débitrice, et qui s'est laissé déléguer à un mari *dotis constituendæ causa*, par son prétendu créancier, n'a pas de recours contre le mari, mais seulement contre le délégant (2).

L'obligation légale de constituer une dot qui fut imposée à certains ascendants est, au contraire, incontestable. C'est la loi Julia, *de maritandis ordinibus,* dans son chapitre 35, qui enjoignit aux pères de doter leurs filles en puissance. Les filles n'avaient pas d'action pour obtenir une dot; mais le magistrat, par des mesures coërcitives, amenait les pères à satisfaire à l'ordre de la loi. Cette disposition n'était applicable

(1) *Précis du dr. rom.*, n° 727, t. II.

(2) Il ne faudrait pas, pour établir à la charge des ascendants paternels une obligation naturelle de doter, invoquer la loi 46, § 2 (XXIII, 3). Cette loi déclare qu'un père qui, se croyant débiteur de sa fille, a promis une dot en son nom, est tenu de la payer, même s'il ne devait rien. Ce texte ne fait pas allusion à une obligation naturelle; mais il prévoit une constitution de dot par *dictio*. Ce procédé n'était accessible qu'à la femme, à son *pater* ou à son débiteur. Or, le *pater* de la femme qui a voulu, en qualité de débiteur, recourir à la *dictio dotis*, a fait un acte valable, bien qu'il ne soit pas débiteur; car ce procédé lui était ouvert en tant que père. La loi 46, § 21, ne s'occupe donc pas de la question de savoir si une dot promise par une personne qui croyait devoir, peut être répétée; elle détermine par qui la *dictio* peut être valablement employée. La *dictio* étant tombée en désuétude, ce mot fut remplacé par celui de *promissio* dans notre loi et dans tous les textes analogues qui figurent au Digeste.

qu'en Italie, où le droit de coërcition appartenait au préteur urbain ; une constitution des empereurs Sévère et Antonin, dont fait mention la loi 19, *de Rit. nupt.*, donna le même pouvoir aux proconsuls et aux présidents de provinces. L'obligation de doter s'étendit ainsi sur toute la surface de l'empire.

Cette obligation reçut encore de l'extension à d'autres points de vue : elle s'imposa à tous les ascendants paternels, pourvu qu'ils eussent des biens ; mais ils n'en étaient tenus que si le *paterfamilias* ne pouvait pas l'acquitter. Aux termes de la loi 19, *de Rit. nupt.*, la fille en puissance avait seule droit à une dot. On a soutenu que la fille sortie de la famille par l'émancipation y avait droit également, en s'appuyant sur des textes qui qualifient de profectice la dot constituée par un ascendant paternel à une fille émancipée (1) ; cette solution est sujette à caution.

Seule de toutes les ascendantes, la mère était astreinte à doter sa fille dans les cas les plus graves, dont la détermination était sans doute laissée au juge *(ex magna et probabili causa)*, et quand une loi le lui ordonnait ; par exemple, une mère hérétique était obligée de doter sa fille orthodoxe (2).

On a cru pouvoir déduire par *a contrario* de la loi 12, § 3, D., *de Adm. et peric.* (xxvi, 7), l'obligation du frère de doter sa sœur consanguine. Cette opinion est inacceptable et n'est plus guère défendue (3).

(1) Loi 5, § 11 D. (xxiii, 3) ; loi 5 D. (xxiv, 2) ; loi 59 D. (xxiv, 3) ; *add.* loi 7, Code (v, 11) qui, parlant de l'obligation des pères de doter leurs filles, ne la limite pas aux filles en puissance.

(2) Loi 14, *de Jur. dot.*, C. v, 12 (Impp. Diocl. et Maxim.). Cf. loi 19, § 1, *de Hæreticis*, Code i, 5.

(3) Elle choquait déjà Cujas, qui observait qu'un frère ne doit des aliments à sa sœur consanguine que par une sorte de charité. (Loi 1, § 2, *de Tut. et rat.*) Voici quel sens il faut prêter à la loi 12, § 3 : Les dona-

Il faut bien comprendre la nature du droit de la fille ; elle ne peut pas exiger une dot, mais la loi ne veut pas que les parents mettent arbitrairement obstacle au mariage de leurs enfants ; or, le moyen le plus simple de s'y opposer est de leur refuser une dot. C'est ce calcul que la loi déjoue ; dès lors, la femme ne peut prétendre à rien si elle trouve un mari qui la prenne sans dot. Le chiffre de la dot était donc débattu d'un commun accord entre le mari et l'ascendant qui en était débiteur. Personnellement, le mari ne pouvait prétendre à rien, et la circonstance que la femme était créancière n'ajoutait pas vis-à-vis de lui au caractère onéreux de l'opération. Mais la femme n'était pas donataire du constituant, il n'y avait pas donation faute d'appauvrissement chez l'aliénateur. Ce résultat est particulièrement marqué par les premiers mots de la loi 31 pr. C. (v, 12.): *Cum quidam dotes pro mulieribus dabant, sive matres, sive alii cognati, sive extranei...* La question de savoir si la femme était astreinte à l'insinuation n'était donc pas débattue, quand elle avait été dotée par un ascendant paternel ; la négative était certaine, car il n'y avait pas donation. Avouons toutefois que, quand la nécessité de

tions ne sont jamais des actes d'administration ; un tuteur ne pourra jamais, en qualité de *negotiorum gestor*, faire une donation ou constituer une dot pour son pupille. Cependant, « *quum moribus pupilli præponatur* », il pourra faire pour lui certains dons, certains présents imposés par les convenances et l'usage : *solemnia munera*. Le texte déclare que la constitution de dot au profit d'une sœur utérine, n'étant pas imposée par les mœurs, ne sera jamais possible. Il n'en faut pas conclure que la constitution de dot au profit d'une sœur consanguine est obligatoire, mais seulement qu'elle est permise, quoique tendant à diminuer la fortune du pupille. M. Accarias (*Précis de droit rom.*, n° 148, t. II, p. 345, note 3) conclut de notre texte que le tuteur ne peut pas faire de donations *dotis causa* à sa sœur, sans distinguer entre la sœur utérine et la sœur consanguine : le texte ne me paraît pas autoriser cette manière de voir. Mais il faut avouer que la loi 13, § 2 h. tit.), défend au tuteur de faire un *munus nuptiale* à la sœur du pupille, sans distinction.

l'insinuation fut écartée, la dispense de révocation pour cause d'ingratitude fut la seule conséquence du caractère onéreux de l'acquisition de la femme. Même quand elle émanait d'un ascendant paternel, la constitution de dot était traitée comme un acte à titre gratuit, car si le constituant ne s'appauvrissait pas, la femme s'enrichissait, ou du moins elle avait été directement et gratuitement investie par la loi de la créance dont la constitution de dot était l'acquittement.

D'après une opinion que la loi 7 C. (v, 11) semble contredire, la fille n'avait droit à une dot qu'autant qu'elle était dans l'indigence et dans l'impossibilité de se doter elle-même (1). Si cette opinion était exacte, elle introduirait dans notre question une complication que les interprètes ne signalent pas : la constitution de dot émanant d'un ascendant paternel ne serait un acte à titre onéreux que quand elle serait adressée à une fille privée de fortune personnelle ; s'adressant à une femme riche, elle serait une donation, une libéralité spontanée, et non l'acquittement d'une obligation.

Outre les ascendants paternels, et la mère dans des cas exceptionnels, certaines personnes, en constituant une dot, pouvaient acquitter une obligation, obligation non plus légale, mais conventionnelle. La *dictio dotis* était un procédé spécialement réservé aux débiteurs de la femme. La constitution de dot se ramène en pareil cas à un paiement, et l'on sait que le paiement ne peut être considéré comme un acte à titre gratuit ni comme

(1) Prévoyant qu'une dot est constituée par un père à une fille qui a des biens adventices, des *res maternas*, les jurisconsultes se demandent si la dot était promise par le père sur ses propres biens ou sur ceux de sa fille : question qui ne se serait pas posée si le père eût été, en pareil cas, dans l'obligation de doter sa fille. (Loi 5, § 12, D. XXIII, 3.) Mais la loi 7 C. (v, 11) parle en termes absolus de l'obligation du père de doter sa fille.

un acte à titre onéreux ; ce n'est pas un acte qui se suffise à lui-même ; c'est le dernier terme d'une opération plus compliquée, l'extinction d'une obligation préexistante. Pour savoir quelle est la nature d'une constitution de dot consentie par un débiteur de la femme, il faut rechercher si l'obligation dont il s'exonère a été contractée à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas, c'est un acte à titre onéreux dans toute la force du terme et avec tous les effets qui en découlent ; dans le second, c'est un acte à titre gratuit, tout comme une constitution de dot directement consentie au nom de la femme. Nous ne faisons allusion qu'à la situation de cette dernière ; quant au mari, ses droits sont toujours les mêmes.

Pour n'omettre aucune des hypothèses où la femme pouvait réclamer la constitution d'une dot, nous pourrions citer le cas où son droit dérivait d'un legs ou d'un *fidéicommis*. L'héritier ou le légataire grevé d'une pareille charge, était tenu d'une obligation quasi-contractuelle ; il pouvait directement constituer la dot au mari, ou se laisser déléguer par la femme. Ce n'était d'ailleurs pas de ce tiers, à qui avait été imposée l'obligation de constituer la dot, que la femme était l'ayant-cause à titre gratuit. Ajoutons que dès le commencement de l'époque classique, quand le *legatum dotis constituendæ causa* était fait en vue d'un mariage projeté, ou s'adressait à une femme déjà mariée, le mari était directement investi du droit de réclamer l'exécution du legs ; c'était en qualité de légataire que la femme avait le bénéfice de l'action *rei uxoriæ* (1). Nous n'avons pas à nous occu-

(1) V. loi 48, § 1 (xxiii, 3) ; loi 69, § 2, *de Legat.*, 1° ; loi 48, § 1 (xxiii, 3), et loi 71, § 3, *de Condit.* (xxxv, 1). Sur les opinions divergentes de Proculus, de Gaius, et de Julien et Papinien, quant aux effets de ce legs, voir M. Pellat, *De la Dot*, p. 225 et suiv., et Czyhlarz, *Op. cit.*, § 40.

per de ce legs, puisque nous recherchons seulement les hypothèses où la femme est donataire du constituant.

IV

Nous avons étudié jusqu'ici l'avantage que procurait à la femme l'exercice de l'action dotale (1); nous avons dit quand et comment elle pouvait être considérée comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant. La constitution de dot peut être pour elle l'occasion d'un bénéfice beaucoup plus appréciable : au lieu de constituer directement une dot au mari, un tiers peut faire à la femme une donation ou un legs, afin qu'elle se constitue une dot. Cette hypothèse est beaucoup plus voisine qu'on ne pourrait croire de celle qui nous a jusqu'ici

(1) On pourrait peut-être prétendre que le constituant de la dot était maître de procurer à la femme un bénéfice particulier, en lui assurant la reprise de sa dot dans un cas où l'action dotale ne la lui donnait pas; il y aurait là quelque chose d'analogue au *pactum de lucranda dote*, permettant au mari de garder la dot dans un cas où il aurait dû la rendre. Mais un tel avantage ne pouvait être procuré à la femme par le tiers constituant; il pouvait bien faire un *pactum de lucranda dote* avec le mari, puisqu'il traitait avec lui; il ne pouvait stipuler au profit de la femme la reprise de sa dot, parce qu'il ne traitait pas avec elle et qu'il y aurait eu là une stipulation pour autrui. Cette stipulation pour autrui est validée dans un cas exceptionnel par la loi 45 D., *Sol matr*. (XXIV, 3); mais cette décision dérogatoire au droit commun est justifiée « favore nuptiarum et maxime propter affectionem personarum. » L'inefficacité de la stipulation qui nous occupe n'est-elle pas une preuve qu'il ne faut pas voir à la base de l'action *rei uxoriæ* une convention tacite, par laquelle le constituant a transporté à la femme le bénéfice de la stipulation qui lui assurait, à lui constituant, la reprise de la dot. Car, lorsque ce tiers stipulait au profit de la femme la reprise de sa dot dans un cas où l'action *rei uxoriæ* ne la lui donnait pas, n'aurait-on pas pu dire que ce tiers était censé s'être réservé à lui-même la reprise de la dot et avoir transporté son droit à la femme? Si ce raisonnement ne peut être fait ici, on ne peut l'employer pour justifier l'action dotale.

préoccupé ; nous allons l'envisager, en raisonnant uniquement sur la donation faite à la femme.

Cette donation peut présenter deux aspects très différents.

Elle peut être faite sous la condition expresse que les biens qui la composent seront employés à une constitution de dot. Une telle donation, subordonnée à la constitution d'une dot, ne se conçoit guère que si elle est faite en vue d'un mariage déterminé, ou avec fixation d'un délai dans lequel la femme devra se marier, ou enfin si elle est adressée à une femme déjà mariée. Faute que la condition prescrite soit remplie, le donateur reprend les biens donnés : la femme est tenue de la *condictio ob rem dati, re non secuta* (Loi 9 pr. xxiii, 3.). La condition se trouve défaillir si, la dot ayant été constituée, le mariage projeté vient à manquer, ou si, ayant été conclu, il est nul : en pareil cas, la *condictio* devait être directement ouverte au donateur contre le prétendu mari.

Quand une donation est faite sous une telle condition, jamais la femme à qui elle s'adresse n'en recueille d'autre profit que le droit à la restitution de la dot après le mariage dissous ; elle n'est ni plus ni moins donataire que si un tiers avait directement constitué la dot au mari.

Tout autre est la situation quand un tiers fait une donation à la femme pour lui permettre de se doter, en lui indiquant seulement l'emploi qu'elle pourra faire des biens donnés (1). Le donateur abdique définitivement tout droit sur les biens donnés ; la femme est libre

(1) Les lois 2, § 7, et 3, D., *de Don.* (xxxix, 5), distinguent suivant que l'indication de l'emploi à faire de certains biens donnés est ou non une condition de la donation.

de ne pas les employer à se doter; si elle les constitue en dot, et que le mariage ne se fasse pas ou soit nul, c'est à elle qu'appartiendra la *condictio*. Faudra-t-il donc dans tous les cas la traiter comme donataire d'une valeur égale au montant des biens donnés? Sa situation est-elle exactement celle d'une femme qui, ayant reçu à titre de donation pure et simple certains biens dont l'emploi n'avait fait l'objet d'aucune indication, les affecte à se doter (1)?

Cette hypothèse peut être rapprochée de celle où un tiers, constituant une dot à un futur mari, attribue à la femme le droit de la réclamer par la *condictio* dans le cas où le mariage ne se ferait pas, ou, ayant été conclu, serait nul. Les textes nous présentent plusieurs exemples de cette situation :

1° Loi 59, § 2 D. *de J. D.* (XXIII, 3). Un tiers a constitué une dot au nom d'une femme qu'il croyait libre et qui était esclave; point de mariage, donc point de dot (2). Le constituant par hypothèse ne s'est pas réservé la *condictio;* il a voulu, quoi qu'il arrivât, donner à la femme. Celle-ci étant esclave, c'est son maître qui bénéficiera de la *condictio* et obtiendra la dot du prétendu mari.

2° Loi 43, § 1 (XXIII, 3). Un créancier d'un futur mari lui a fait acceptilation en vue de constituer une dot au nom de la femme. Si le mariage ne se fait pas, l'acceptilation sera non avenue, et le créancier pourra se faire payer. Mais s'il a consenti l'acceptilation avec l'intention de gratifier la femme, même si le mariage ne se faisait

(1) Aux termes de la loi 51 (XXIII, 3), la dot qu'une fille émancipée se constitue avec des biens que son père lui avait donnés n'est pas profectice.

(2) Toutefois, si, dans l'intention du constituant, les valeurs par lui fournies devaient former la dot de la femme, à quelque moment qu'elle se mariât, si plus tard elle était émancipée et que le mariage se formât, la constitution de dot valait depuis ce moment.

pas, c'est elle qui obtiendra remboursement de la créance.

3° Enfin un tiers qui savait ne rien devoir à une femme s'est laissé déléguer par elle, *dotis constituendæ causa :* il a voulu faire une donation à la femme, non pas seulement en lui procurant le bénéfice de l'action dotale, mais en lui conférant la *condictio* dans le cas où le mariage n'aurait pas lieu. Tandis que, dans les deux hypothèses précédentes, il fallait que cette volonté fût clairement exprimée, il semble qu'ici cette intention se présume : *Si, cum sciret se nihil mulieri debere, promisisset, mulieris esse actionem,* dit la loi 7 pr. D. (XII, 4). Il faut avouer qu'à l'inverse, la loi 9 pr. *h. tit.* paraît supposer que le tiers qui s'est laissé déléguer a exprimé sa volonté généreuse : *Si donaturus mulieri, jussu ejus sponso numeravi, nec nuptiæ secutæ sunt, mulier condicat.* En tous cas, la suite du texte admet tout au moins le tiers qui s'est laissé déléguer sachant ne rien devoir, à se réserver la *condictio* en prévision du cas où le mariage ne se ferait pas.

Si dans toutes ces hypothèses la femme a l'occasion d'exercer la *condictio,* et qu'elle obtienne ainsi les biens constitués en dot, elle est assurémént donataire du tiers qui a fourni ces biens, et donataire d'une somme égale à leur valeur. Mais si la *condictio* ne s'ouvre pas, si la constitution de dot produit son effet, n'est-il pas logique que la femme ne soit traitée comme donataire du tiers que dans la mesure du bénéfice que lui procure l'action dotale, et non pour une somme égale à la valeur des biens constitués en dot ? Nous verrons que la femme qui, au cours du mariage, est poursuivie par l'action paulienne ou actionnée en révocation de la constitution de dot, donne seulement la caution *se restituram quod consecuta fuerit ;* elle promet de restituer ce que

l'action dotale lui fera obtenir. Ne serait-il pas injuste, pour le motif que la *condictio* aurait pu lui profiter, de la traiter comme si elle était donataire de la valeur même des biens constitués en dot, alors qu'elle a seulement l'espoir de les obtenir par l'action dotale ?

Or, la situation d'une femme à qui une donation est faite pour qu'elle s'en constitue une dot, mais sans qu'il y ait là une condition expresse, n'est-elle pas analogue à celle d'une femme qui, dans les hypothèses précitées, peut réclamer le bénéfice de la *condictio ?* On objectera peut-être que, d'une part, il y a une constitution de dot faite par un tiers avec attribution à la femme de la *condictio ;* et, d'autre part, constitution de dot émanant de la femme elle-même, qui dès lors est tout naturellement investie de la *condictio*. C'est là justement qu'est l'erreur : la *condictio* n'appartient jamais à la femme que quand elle a elle-même constitué la dot. Ainsi en est-il quand la femme délègue au mari un tiers qui était ou qui n'était pas son débiteur ; c'est elle-même qui constitue la dot par voie de promesse ; elle est censée avoir reçu du tiers qu'elle délègue, et avoir payé aux mains du mari. Quand la dot est constituée par voie d'acceptilation de la créance d'un tiers vis-à-vis du mari, et qu'à défaut de mariage, c'est à la femme qu'il appartient d'exiger le paiement de cette créance, l'opération s'analyse comme il suit : la dette est censée avoir été payée, et le créancier en avoir fourni le montant à la femme qui l'a constitué en dot. Voilà pourquoi elle a la *condictio ;* elle la puise dans cette circonstance qu'elle a elle-même constitué la dot, car elle ne peut la tenir du donateur, l'acquérir d'une personne qui n'était pas sous sa puissance. (L. 43, § 1, D., XXIII, 3.)

Ainsi les hypothèses que nous avons envisagées plus haut se ramènent à une donation faite à la femme de

biens qu'elle se constitue en dot. Il y a donation avec indication de l'emploi à en faire : mais comme la donation et la constitution de dot sont concomitantes, comme c'est l'analyse qui les découvre dans un acte simple en apparence, il n'y aura pas identité, mais seulement analogie, avec le cas où une femme reçoit une donation afin de pouvoir se doter si bon lui semble.

Voici toutefois la conséquence pratique que nous pouvons tirer de cette anologie de situation. Si la femme ne s'est pas dotée, ou si la dot, ayant été constituée, a été reprise par la *condictio*, vu que le mariage est nul ou ne s'est pas conclu, il y a évidemment donation de toute la valeur des biens donnés. Mais si les biens donnés ont été employés à la constitution d'une dot, on peut prétendre sans témérité que, cette constitution de dot étant entrée dans les prévisions du donateur, la femme n'est donataire qu'à raison de l'action dotale à laquelle se réduit tout son bénéfice ; elle est dans la même situation que si un tiers avait constitué une dot en son nom.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA CONSTITUTION DE DOT, SUIVANT LA NATURE DES ACQUISITIONS QUI EN RÉSULTENT AU PROFIT DE CHAQUE ÉPOUX

Nous allons maintenant faire connaître les effets que produit la constitution de dot, vis-à-vis des époux, conformément à la nature que nous lui avons assignée à l'égard de chacun d'eux. Nous n'aurons guère qu'à enregistrer les décisions contenues dans des textes formels ; ainsi, nous achèverons d'asseoir les solutions que nous avons posées, bien loin d'en déduire, à l'aide du seul raisonnement, les conséquences qu'elles comportent. Nous occupant de la constitution de dot vis-à-vis du mari, c'est à grand'peine que nous avons justifié le caractère onéreux attaché à son acquisition ; nous n'avons pas pu l'expliquer d'une manière satisfaisante, mais seulement indiquer le motif pour lequel la loi attache à l'acquisition du mari les conséquences qu'il nous reste à exposer. Aussi, le caractère de la constitution de dot, au moins à l'égard du mari, résulte surtout des effets qu'elle produit.

Pour plus de clarté, nous étudierons successivement la situation du mari et celle de la femme, au risque de nous répéter.

SECTION PREMIÈRE

CONSÉQUENCES DU CARACTÈRE ONÉREUX DE L'ACQUISITION DU MARI

Nous ne distinguerons pas, suivant que la dot a été constituée par la femme ou par un tiers. On observe d'ordinaire que la constitution de dot n'est, à proprement parler, un acte à titre onéreux que quand elle émane de la femme : la distinction, à supposer qu'elle soit fondée, est dénuée de tout intérêt pratique.

1° Le mari, en qualité d'acquéreur à titre onéreux, n'a jamais été astreint aux conditions de la loi Cincia, ni aux formalités de l'insinuation. (Loi 31 Pr. C., v, 12.)

2° Il n'y avait pas lieu de procéder, à l'égard du mari, pour les objets constitués en dot, à une description analogue à celle qui était prescrite pour les objets acquis à titre gratuit. (Loi un., C., x, 35.)

3° La dot n'était pas acquise au mari à titre gratuit; si donc une dot étant promise et non encore payée, le mari recevait par donation ou testament les biens qui en faisaient l'objet, il pouvait néanmoins poursuivre le paiement de la dot (Loi 19 D., *de Obl. et act.*, XLIV, 7 (1)). A l'inverse, le mari pouvait exiger l'exécution d'une donation quand les biens qu'elle comprenait lui avaient été constitués en dot.

4° Le mari à qui une dot a été constituée par voie de délégation ne peut, vu sa qualité d'acquéreur à titre

(1) Nous supposons que ce n'est pas du promettant que le mari a reçu à titre de legs; car le legs qu'un débiteur fait à son créancier de ce qu'il lui doit est nul. Mais le constituant pouvait léguer à la femme la dot qu'il avait promise au mari. (Loi 29 D., XXIII, 3.)

onéreux, se voir opposer les exceptions que le délégué aurait pu invoquer contre le délégant. Cette remarque n'a de portée qu'autant qu'il s'agit d'une exception perpétuelle, ne laissant subsister aucune obligation naturelle ; car les autres exceptions, l'exception *quod facere potest*, par exemple, que le délégué aurait pu invoquer contre le délégant, ne peuvent être opposées au délégataire, même s'il est un donataire.

En outre, c'est seulement tant que dure le mariage, et avant qu'il soit conclu, que le mari peut écarter les exceptions dont se prévaudrait le délégué. A supposer le mariage dissous, et la restitution de la dot due au constituant, et particulièrement à la femme qui s'est dotée *de suo*, le délégué peut opposer au mari les exceptions qu'il avait contre le délégant. Cette idée est indiquée dans la loi 41 pr. (XLII, 1), qui exclut le bénéfice de compétence, *maxime si constante matrimonio*, *petat (dotem maritus)*; elle est surtout exprimée par la loi 9, § 1 D. (XII, 4) : *Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere quod mulier receptura esset.*

La règle qui nous occupe se trouve formulée en termes généraux dans la loi 78, § 5 (XXIII, 3). Le délégué qui a promis ou payé une dot, alors qu'il avait une exception contre le délégant, ne peut se dispenser de la fournir ni la répéter ; mais il a la *condictio* contre le délégant pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé, ou se faire décharger de son obligation. Voici les applications principales de cette idée :

Un tiers, qui croyait être débiteur de la femme, s'est laissé déléguer au mari ; revenu de son erreur, il ne peut, à la poursuite du mari, opposer une exception de dol ; s'il a payé, il ne peut répéter : *Maritus enim suum negotium gerit..., nec decipiendus est* (Loi 9, § 1 D., XII, 4).

C'est la même idée qu'exprime la loi 4, § 21, D. (XLIV, 4) : Le tiers que le dol de la femme a amené à se laisser déléguer ne peut opposer au mari l'exception de dol, *ne indotata fiat mulier*. Il est réduit à la *condictio* contre la femme pour obtenir d'elle ce qu'il a payé, ou se faire libérer, s'il n'a pas encore fourni la dot (1). Toutefois, on accorde au délégué la *condictio* contre celui auquel il a constitué la dot, quand le mariage ne se fait pas (2). Est-il besoin d'ajouter qu'il peut, dans la même hypothèse, repousser la poursuite de celui à qui il a promis une dot non encore payée ?

Etant débiteur, j'ai délégué à mon créancier un tiers qui veut me faire une donation égale au chiffre de ma dette ; cette donation est, par hypothèse, immodérée, *supra legitimum modum*. Mon créancier ne pourra cependant se voir opposer l'exception *legis Cinciæ*. A cet égard, le mari devra être traité comme un créancier, comme un acquéreur à titre onéreux. Si un tiers, dans le but de faire une libéralité à la femme, s'est laissé

(1) Les textes précités ne sont que des applications des lois 12 D., *de Novat.*, et 2, §§ 3 et 4, *de Donat.*, qui distinguent suivant que le délégataire est acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, pour savoir s'il peut repousser les exceptions dont se prévaut le délégué.

(2) Loi 7 pr. D., XII, 4. Ce texte prévoit trois hypothèses distinctes : si le tiers s'est laissé déléguer croyant devoir, c'est à lui qu'est ouverte la *condictio;* s'est-il laissé déléguer sachant ne pas devoir, la *condictio* appartient à la femme, s'il ne se l'est pas réservée; que si enfin le délégué était réellement débiteur de la femme, et que, la dot une fois payée, le mariage ne se fît pas, la *condictio* est encore ouverte au délégué, d'après notre loi 7 pr. *in fine;* mais il doit la céder au délégant. De droit commun, cependant, quand le délégant ne doit pas au délégataire, n'a-t-il pas directement la *condictio* contre ce délégataire pour s'indemniser de la perte de sa créance sur le délégué? (Cf. Accarias, t. II, n° 699 *in fine.* Loi 1, § 11 D., *Quar. rer. act.*, XLIV, 5.) M. Accarias, p. 722, note 2, admet que c'est seulement au cas où le délégué ne devait rien au délégant et celui-ci rien au délégataire, que le délégué a une action et une exception contre le délégataire lui-même. (Loi 7, § 1, *de Dol. mal.*, XLIV, 4.) Mais, d'après notre texte, la *condictio* est donnée au délégué dans un cas où il devait au délégant.

déléguer *dotis constituendæ causa*, le mari obtiendra la somme promise, *non ducturus uxorem nisi dotem accepisset*. (Loi 5, § 5, D., XLIV, 4),

5° Le mari ne pourra se voir opposer par le promettant de la dot l'exception *quod facere potest*, qui est invoquée avec succès contre les donataires. Toutefois, n'oublions pas que ce bénéfice n'est pas seulement accordé à raison de la nature de la dette, qu'il appartient aussi au débiteur que certains liens personnels ou de famille unissent au créancier : le beau-père, la femme qui ont promis une dot au mari, se prévaudront utilement à son égard de l'exception *quod facere potest*.

Tant que dure le mariage, ce bénéfice appartient certainement au beau-père poursuivi en paiement de la dot [1]. Il n'est pas inutile d'observer que c'est en qualité de beau-père, et non de donateur, que le promettant invoque l'exception. On sait que la somme à laquelle était condamné un donateur ne pouvait excéder la valeur de ses biens, déduction faite de ses dettes et de la somme nécessaire pour subvenir à ses besoins les plus pressants; tout autre débiteur auquel notre bénéfice appartenait ne pouvait encourir une condamnation excédant la valeur de ses biens, mais sans que les déductions précitées fussent possibles [2]. Il est vrai qu'en vertu d'une réforme dont les compilateurs des Pandectes prirent sans doute l'initiative, tout débiteur quelconque, ayant le droit de n'être condamné que dans la limite de ses facultés, obtenait la déduction d'une somme suffisante pour vivre : faveur probablement

(1) Loi 84 D. (XXIII, 3), et loi 22 D., *de Re jud.* (XLII, 1). Ces deux textes emploient le mot *utique*, que M. Pellat traduit par « sans doute; » mieux vaut dire « en tous cas, sans aucun doute. » *Add.* loi 15, § 2, *Sol. matr.* (XXIV, 3).

(2) Lois 16 et 19 pr. et § 1, D., *de Re jud.* (XLII, 1).

illusoire quand il avait d'autres créanciers. (Loi 173 D., *de Reg. juris*, L, 17.) Ce qui prouve en tous cas qu'avant cette réforme, un beau-père ne pouvait pas, comme un donateur, n'encourir condamnation que dettes déduites, c'est qu'il arrivait aux beaux-pères de faire dans la constitution de dot certaines réserves : *quum commodissimum esset*, *quum potuero*, auxquelles les jurisconsultes romains prêtaient le sens suivant : « Ce que je pourrai payer, dettes déduites (1). »

Le mariage dissous, il semblerait logique de refuser au beau-père l'exception *quod facere potest;* tout lien est rompu entre son gendre et lui. Cependant, on la lui accorde encore; d'après la loi 84 *de Jure dot.*, il faut, pour l'en priver, avoir égard aux circonstances et à la personne; on la lui refusera, s'il a promis frauduleusement une dot qu'il savait ne pouvoir pas fournir. Paul déclare équitable *(æquum)*, d'accorder ce bénéfice à l'ex-beau-père; mais il constate avec Nératius que la pratique était en sens contraire. (Loi 21 D., XLII, 1.) Le même jurisconsulte affirme ailleurs encore, avec Nératius et Proculus, que l'admission de notre exception était conforme au droit *(justum)*. (Loi 17 pr., XXIV, 3.) Donc, en principe, le beau-père pouvait, après le mariage dissous, se prévaloir de l'exception; mais la pratique faisait fléchir ce principe quand le débiteur était peu digne d'intérêt.

Même quand le mariage avait pris fin, c'était à raison de sa qualité de beau-père que le débiteur de la dot pouvait invoquer notre bénéfice, et non comme donateur. Qu'est-ce qui nous révèle que les lois 21 et 17 précitées ont trait à une poursuite en paiement de la dot postérieure à la dissolution du mariage ? Pour la loi 21,

(1) Loi 79, § 1 (XXIII, 3); loi 125 D., *de Verb. sign.* (L, 16).

c'est le texte qui la suit immédiatement et qui précise l'hypothèse de cette loi 21. Mais pour nos deux textes, c'est surtout cette circonstance, qu'ils prévoient en même temps, ou qu'ils sont rapprochés de textes prévoyant l'action en restitution de dot dirigée contre le mari ou son *pater* (1). En pareil cas, l'exception *quod facere potest* est accordée ; et cependant la demande en restitution de la dot se produit assurément après la dissolution du mariage, à une époque où la femme n'est plus unie par aucun lien à son mari ou à son beau-père. La femme n'étant assurément pas donataire de l'un ni de l'autre, quand la dot lui est restituée, l'exception ne peut s'expliquer que par le lien qui l'unissait à eux et que le mariage a rompu ; c'est pour le même motif que le mari ne peut faire condamner son ex-beau-père que dans la limite de ses facultés.

Quant au tiers, à *l'extraneus* qui a promis une dot, on ne lui accorde pas l'exception *quod facere potest*, qui ne pourrait s'expliquer que par l'idée d'une donation. (Loi 84 D., xxiii, 3.) L'opinion contraire a cependant été appuyée sur un texte d'Ulpien, la loi 33, *de Jure dot.* La question que se pose principalement Ulpien est celle de savoir dans quels cas une femme intentera avec succès l'action *rei uxoriæ* contre le mari, à raison d'une dot qui ne lui a pas été payée. Le mari, conclut le jurisconsulte, n'est pas tenu de délivrer à la femme la dot

(1) Les lois 15, § 2, et 16, qui précèdent notre loi 17 pr. (xxiv, 3) supposent qu'une femme exerce l'action dotale contre son ex-beau-père. Bien plus, la loi 17, § 1, qui prévoit une demande en paiement de la dot, dirigée par le mari contre la femme, suppose une action intentée après le mariage, puisqu'il accorde l'exception à la femme « quum socia fuit. » Enfin, la même loi 17, § 2, accorde notre exception au mari poursuivi par l'action dotale. Le *principium* de ce texte se réfère donc assurément, comme tous les textes qui l'entourent, à une demande qui se produit après la dissolution du mariage.

qu'il n'a pas touchée, toutes les fois que le promettant de la dot, qu'il a négligé de poursuivre, aurait pu lui opposer l'exception *quod facere potest* (1); or, ce droit appartient au tiers généreux qui, sans rien devoir à la femme, a constitué la dot en son nom. Le mari ne serait donc responsable des conséquences de sa négligence à poursuivre le constituant, qu'au cas où la dot aurait été promise par un débiteur de la femme.

La faculté que la loi 33 suppose appartenir au tiers constituant est inexplicable en raison ; l'opinion d'Ulpien est donc bien hasardée, et d'ailleurs plusieurs textes la contradisent. M. Pellat s'applique à faire ressortir entre notre loi 33, *de Jure dot.*, et la loi 41 D., *de Re jud.*, une antinomie qui n'est pas très apparente. Dans ce texte, Paul refuse au tiers qui s'est laissé déléguer au mari sans rien devoir au délégant, le droit d'invoquer contre le mari l'exception *quod facere potest*, qui lui appartenait contre le délégant. Or, il n'y a pas là une règle spéciale au droit dotal, mais l'application d'un principe général en matière de délégation. Le délégataire, acquéreur à titre onéreux, ne peut se voir opposer les exceptions perpétuelles qui compétaient au délégué contre le déléguant; et s'il s'agit d'une exception non perpétuelle, comme celle qui nous occupe, elle ne peut même pas être opposée à un délégataire acquéreur à titre gratuit. Malgré la loi 41, qui applique à un cas spécial de constitution de dot un principe étranger au droit dotal, on aurait pu prétendre que le tiers qui, directement, constitue une dot au nom de la femme, avait contre le mari l'exception *quod facere potest*, puisque

(1) Cette opinion est très favorable au mari, qui se trouve libéré même quand il n'est pas exempt de tout reproche : il a pu négliger de poursuivre le promettant à un moment où il n'aurait pas été en droit de se prévaloir de l'exception.



ce n'était pas en qualité de mari, ni même en qualité d'acquéreur à titre onéreux, mais seulement en tant que délégataire, que le mari la repoussait dans l'hypothèse de la loi 41. Ce n'est donc pas avec ce texte que la loi 33 est en contradiction, mais avec un autre texte de Paul, la loi 84, *de Jure dot.* Labéon refusait, en tous cas, notre exception au promettant de la dot, même au père de la femme ; Paul redresse cette opinion, mais en ajoutant : *Quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est.*

Nous sommes donc en présence d'une question qui divisait les jurisconsultes romains (1); comment la trancher? Rappelons-nous que la constitution de dot n'est pas dans toute la force du terme un acte à titre onéreux; que le constituant s'est dépouillé en pure perte. Ne pouvait-on pas lui reconnaître l'exception *quod facere potest*, comme on l'exemptait de la garantie ? Les principes ne ne nous fournissent donc pas le moyen de prononcer en toute certitude. Cependant, l'opinion de Paul semble s'imposer. Sans doute, c'est un procédé devenu banal, pour écarter les textes embarrassants dus au jurisconsulte Ulpien, que de l'accuser d'avoir soutenu imprudemment des théories généralement repoussées. Toutefois, il y a ici un motif spécial de décider: la circonstance que le beau-père était parfois privé de notre exception après le mariage dissous, et qu'à l'origine, Labéon la lui refusait dans tous les cas, sont des indices que ce bénéfice n'était jamais accordé au constituant de la dot en cette seule qualité, et à raison d'une prétendue donation qu'il aurait faite au mari. Donc le constituant *extraneus* n'avait pas droit à notre exception.

(1) On sait que Cujas *(Observ.*, XII, 17, t. III, p. 316), a essayé de supprimer la contradiction des textes : la femme, suivant la loi 33, ne pourrait pas faire grief au mari de n'avoir pas poursuivi un constituant qui aurait pu invoquer contre elle l'exception *quod facere potest.*

6° Le mari qui a reçu une dot d'un insolvable n'est en butte à l'action paulienne que s'il a connu l'insolvabilité du constituant. Peu importe que la dot lui ait été fournie par la femme ou par un tiers (1). Nous reviendrons sur ce point en étudiant la situation de la femme dotée.

7° C'est également à propos de l'ingratitude de la femme dotée que nous indiquerons les conséquences possibles de l'ingratitude du mari vis-à-vis du constituant.

8° Nous avons dit que la constitution de dot n'était pas un acte onéreux dans toute la force du terme, parce que le constituant ne recevait aucun équivalent, et s'appauvrissait comme un donateur. De cette idée, nous ne pouvons indiquer qu'une seule conséquence, d'une importance capitale à la vérité : le constituant ne devait pas la garantie d'éviction. A cet égard, la femme qu'on déclare d'ordinaire avoir procédé à un acte à titre onéreux véritable quand elle se dotait *de suo,* était exactement dans la situation d'un constituant *extraneus.*

Si le mari évincé n'a pas, en principe, l'action en garantie, il aura parfois un autre recours, et même l'action en garantie pourra lui appartenir à certaines conditions. Le texte capital en la matière est la loi 1 C., *de Jure dot.* (v, 12); ce qui la rend particulièrement instructive, c'est qu'elle présente le tableau des différents recours qui peuvent être ouverts au mari, et, en même temps, pose le principe que l'action en garantie ne lui appartient pas : *Nulla marito competit actio* (2).

Le mari traité comme donataire du constituant n'a pas l'action en garantie, mais on sait que, si la garantie

(1) Loi 10, § 14, et loi 25, §§ 1 et 2, D., *Quæ in fr. cred.* (XLII, 8).

(2) Voir M. Labbé, *De la Garantie.* M. Labbé étudie la garantie en général, et s'occupe spécialement de la garantie dans les actes à titre gratuit et les constitutions de dot. C'est lui qui, le premier, a présenté et justifié les distinctions qui suivent.

n'est pas de la nature de la donation, une stipulation formelle peut l'y attacher. Suivant quelques interprètes, la loi 1 C. (v, 12), dans sa première proposition, prévoit une stipulation de ce genre : elle admet le mari évincé à recourir en garantie par une *condictio : Si pollicitatio aut promissio fuerit interposita.* Ce texte viserait une promesse formaliste *(promissio)*, ou un simple pacte *(pollicitatio)* ayant trait à la garantie. On sait que, depuis Théodose II, la dot pouvait être constituée par simple pacte, et les conventions accessoires à cette constitution, être faites en la même forme (1). Au premier cas, le mari aurait eu recours par l'action *ex stipulatu;* au second cas, par une *condictio ex lege.*

Cette interprétation est acceptable ; on en a proposé une autre plus satisfaisante. La loi 1 ferait allusion au recours qui appartient au mari indépendamment de toute stipulation de garantie, quand la dot a été constituée par voie de *promissio ;* ce recours spécial est clairement indiqué dans la loi 98 pr. D,. *de Evict.* (xxi, 2); nous dirons plus loin comment il s'explique. Il est vraisemblable que les mots *promissio et pollicitatio* de notre loi 1 se réfèrent uniquement au mode de constitution de la dot. En effet, le mot *pollicitatio* n'a pu être employé par les empereurs Sévère et Antonin Caracalla dans leur constitution. Que les compilateurs de l'époque de Justinien l'aient ajouté pour marquer que depuis la réforme de Théodose le Jeune, la promesse de garantie pouvait résulter d'un simple pacte, c'est possible; mais cette addition n'était guère utile. Il est plus probable que la constitution, dans son texte primitif, mentionnait la *promissio* et la *dictio* ; la *dictio* n'était qu'un mode particulier de constitution de dot, une promesse de

(1) Loi 6 C., *de Dot. promis.*, v, 11.

forme spéciale, accessible seulement à quelques personnes, et donnant ouverture, en cas d'éviction du mari, au même recours que la *promissio*. Quand la *dictio* fut tombée en désuétude, au lieu d'effacer ce mot des textes qui le contenaient, on y substitua celui de *pollicitatio* (1). Nous en aurions ici un exemple. On voit que l'emploi du mot *pollicitatio* ne s'explique guère, dans notre constitution, que si elle a trait au mode de constitution de la dot.

La garantie pouvait cependant faire l'objet d'une promesse formelle; mais, à mon sens, la loi 1 ne vise pas une telle convention, dont on trouve d'ailleurs la trace dans d'autres textes (2).

Comment expliquer le recours qui appartient au mari en cas de *promissio,* si l'objet fourni en exécution de la promesse est évincé?

Il n'y faut voir que l'exercice d'un droit de recours qui appartient même aux donataires, et qu'on doit dès lors reconnaître au mari, bien qu'au point de vue de la garantie d'éviction, il ne soit qu'un acquéreur à titre gratuit. La loi 45, §§ 1 et 2, et la loi 46, *de Legat.*, 1°, ouvrent un recours aux donataires et légataires, quand le don ou le legs qui a été acquitté par la prestation d'une chose

(1) Le mot *pollicitatio* répondant à l'idée d'une promesse unilatérale, sans intervention de la volonté du créancier, on pourrait contester qu'il pût servir à désigner un mode de constitution de dot; mais, pour ce motif, il pourrait tout aussi peu servir à désigner une promesse de garantie. Pour prouver que le mot *pollicitatio* était employé à la place du mot *dictio,* on peut observer d'abord que les empereurs Théodose et Valentinien s'en sont servis pour désigner le simple pacte, qu'ils déclaraient suffisant à la constitution d'une dot; on peut remarquer surtout que la *dictio* supposait bien le concours de la volonté des deux parties, mais qu'en la forme, elle se rapprochait singulièrement d'une *pollicitatio*, puisqu'elle consistait en une simple promesse par voie d'affirmation, et non pas en une question suivie de réponse.

(2) Loi 23 D., *de Evict.* (XXI, 2); loi 52 D. *de Jure dot.* (XXIII, 3).

plus tard évincée, portait sur un objet de genre et non sur un corps certain. C'est à la même condition qu'il faut subordonner le recours du mari : c'est ce que Czyhlarz ne semble pas avoir entrevu quand il dit : « Le constituant, en vertu de sa *promissio*, est obligé au transfert de la propriété, et peut toujours, dès lors, en cas d'éviction, être passible d'un recours, faute d'avoir rempli sa promesse par le paiement d'une chose appartenant à autrui (1). » Avec ce raisonnement, il faudrait admettre le recours du mari évincé d'un objet constitué par voie de *datio*. Le recours, encore une fois, n'est possible que si la promesse portait sur un objet déterminé seulement dans son genre.

L'étendue d'application de ce recours est étroite ; en outre, l'indemnité qu'il fait obtenir peut être très différente de celle qui résulterait de l'action en garantie. La réparation se limite à la valeur qu'avait l'objet promis lors de la *promissio*, c'est-à-dire au chiffre de la constitution de dot. Elle se calcule non pas d'après la valeur du bien évincé, mais d'après la valeur de l'objet que le mari pouvait exiger en vertu de la promesse. En conséquence, les augmentations de valeur que l'objet fourni avait pu recevoir dans l'intervalle du paiement à l'éviction sont perdus pour lui ; mais, à l'inverse, si cet objet avait subi une dépréciation, l'éviction tourne à l'avantage du mari. Sans même supposer que le bien constitué en dot se soit déprécié ou amélioré, si le promettant, qui pouvait se libérer en livrant des objets de valeur moyenne, a livré les objets les plus précieux dans leur genre, le mari évincé n'obtiendra pas d'objets d'une valeur équivalente,

Le recours qui nous occupe pourra encore avoir lieu

(1) *Op. cit.*, § 61, p. 209.

dans une autre hypothèse que celle de la promesse d'un objet déterminé seulement dans son genre. Le constituant a pu promettre une dot d'une façon plus indéterminée encore ; il a pu simplement promettre une dot convenable. En cette forme, la constitution de dot n'était d'ailleurs accessible qu'au père de la femme ; la dot était alors fixée suivant les facultés du père et la dignité du mari (Loi 69, § 4 D., xxiii, 3). Si, en pareil cas, il a été fourni une dot considérable, disproportionnée, le mari évincé n'obtiendra qu'une dot moyenne.

A défaut d'une stipulation expresse de garantie, et quand la constitution de dot ne résulte pas de la promesse d'un objet déterminé seulement dans son genre, le mari a un recours par l'action *ex empto*, si les objets constitués en dot ont été estimés. L'estimation dont il est ici question est celle qui vaut vente, et non pas l'estimation qui, ne valant pas vente et ne dispensant pas de la restitution en nature, peut intervenir pour des motifs variables, et spécialement pour fixer la valeur des objets sujets à dépérissement. Le recours par l'action *ex empto*, c'est-à dire la garantie proprement dite, n'est pas ouvert par une telle estimation. C'est ce que déclare la loi 69, § 7 (xxiii, 3) qui suppose toutefois qu'un recours puisse être fondé sur un autre motif.

La loi 1 C., *de Jure dot.*, admet formellement la garantie en cas d'estimation, car alors le mari est assimilé à un vendeur. Le § 105 des fragments du Vatican, et la loi 34 *in fine* (xxiii, 3), fondent la garantie sur la même circonstance ; et la loi 75 (xxiii, 3), qui déclare que la femme peut recourir contre son auteur duquel elle avait stipulé le double, quand le mari est évincé de l'immeuble qu'elle lui avait constitué en dot, et qui motive ce recours par l'intérêt qu'a la femme à être dotée, spécifie bien que cet immeuble avait été remis au mari sans estimation ;

sans quoi, le mari ayant un recours contre la femme, celle-ci aurait un intérêt évident à pouvoir se retourner contre son vendeur. C'est parce que, faute d'estimation, elle n'est personnellement exposée à aucun recours, qu'elle ne peut puiser son droit à la garantie que dans l'intérêt général qu'a toute femme à être dotée (1).

Toutefois, à la différence d'un acheteur ordinaire, le mari n'avait droit, en cas d'éviction, qu'à une réparation au simple. S'il n'obtenait pas d'avantage par l'action *ex empto,* il pouvait, par une convention formelle, se ménager la réparation au double (Loi 52 D., XXIII, 3). Quand le mari, par l'action *ex stipulatu duplæ,* avait obtenu le double de la dot, c'était tout ce qu'il avait reçu qu'il devait restituer à la femme sur l'action dotale (Loi 16 D., XXIII, 3).

Enfin, la loi 1, *de Jure dot.*, nous apprend que le dol du constituant donnait un recours au mari évincé. Jusqu'ici, nous avons assimilé la femme qui s'était dotée au tiers constituant; quand le recours est fondé sur le dol, nous avons à signaler entre eux une différence de forme plutôt que de fond. Contre la femme, ce n'était pas l'action *de dolo*, mais une action *in factum,* aboutissant aux mêmes conséquences pratiques sans entraîner infamie,

(1) D'après CZYHLARZ *(Op. cit.*, p. 209, note 4), la loi 75 viserait une stipulation du double en cas d'éviction expressément intervenue entre le mari et la femme, et aurait le même sens que la loi 52 D., (XXIII, 3). C'est l'erreur que M. Pellat relevait déjà dans Hulot *(Textes sur la dot,* p. 379, note 1).

Quand la dot avait été directement constituée par un débiteur de la femme, ou qu'elle avait été fournie par un débiteur délégué par la femme au mari, si la femme avait droit à garantie contre ce débiteur obligé vis-à-vis d'elle à titre onéreux, elle puisait, dans son intérêt à être dotée, le droit de recourir contre lui; il y avait là quelque chose d'analogue à ce que prévoit la loi 75. Bien que la femme ne fût pas personnellement tenue à garantie, elle devait assurément transporter à son mari ce qu'elle avait obtenu du constituant de la dot ou du débiteur qu'elle avait délégué.

qui compétait au mari (1). Les résultats de l'action de dol n'étaient du reste pas les mêmes que ceux de l'action en garantie. Le mari obtenait seulement la valeur du bien évincé. S'il attachait à ce bien un intérêt spécial, il n'obtenait pas satisfaction sur ce point; et s'il avait fait sur la chose évincée des dépenses voluptuaires, ou des dépenses utiles supérieures à la plus-value qu'elles avaient produites, il subissait une perte. (Loi 45, § 1, *de Act. empt.;* loi 18, § 3 D., *de Donat.,* xxxix, 5.)

En résumé, le mari n'a droit à la garantie que quand il l'a stipulée ou que les biens dotaux ont fait l'objet d'une estimation qui vaut vente. Mais, indépendamment de la garantie, il peut avoir un recours moins efficace, quoique très sérieux, quand le constituant s'est rendu coupable d'un dol ou que la constitution de dot résulte de la promesse de choses déterminées seulement dans leur genre (2).

Nous avons dit qu'on n'avait jamais prétendu astreindre plus étroitement à la garantie la femme qui s'était dotée que le constituant *extraneus*. C'est seulement le père de la femme qu'on a parfois voulu obliger plus strictement à réparer les conséquences de l'éviction subie par le mari (3). Il n'y en a aucun motif. La circonstance que le père de la femme était dans l'obligation de la doter est sans influence vis-à-vis du mari. La loi 71, *de Evict.* (xxi, 2), nous fournit la preuve que le père de

(1) C'est l'application d'une idée générale suivant laquelle les époux se doivent égards et ménagements. (Loi 2 D., xxv, 2.) Sur ce point, la loi 69, § 7 (xxiii, 3), qui donne l'action de dol contre la femme, doit être corrigée par notre loi 1re *de Jure dot.*

(2) C'est à raison des différents recours auxquels le mari peut avoir droit en cas d'éviction que Justinien lui donna hypothèque générale sur les biens du constituant, qu'il s'agît de la femme ou de tout autre constituant. (Loi 1, § 1, C., *de Rei uxor. act.*, v, 13.)

(3) Czyhlarz, *Op. cit.*, § 62, p. 210.

la femme n'était tenu de la garantie que suivant le droit commun ; elle admet un père, qui a constitué en dot à son gendre des valeurs qu'il tenait d'un *non dominus*, à recourir contre son auteur quand le gendre est évincé. Son recours est fondé sur l'intérêt qu'a un père à voir sa fille dotée. Que serait-il besoin d'invoquer cet intérêt moral, si le constituant était, de la part de son gendre, en butte à une action récursoire? A la vérité, le beau-père devra transporter à son gendre le bénéfice de l'action en garantie; mais ce n'est pas là une conséquence de la garantie dont il serait tenu à son égard.

SECTION II

CONSÉQUENCES DU CARACTÈRE GRATUIT DE L'ACQUISITION DE LA FEMME

La gratuité de la constitution de dot à l'égard de la femme entraîne des conséquences que nous allons énumérer. Nous ne pourrons pas, du reste, lui appliquer tous les effets des donations, car il en est plusieurs dont elle était dispensée. En outre, elle produisait certains effets qui s'expliquaient par son caractère gratuit et qui, cependant, n'étaient pas attachées aux donations ordinaires, à l'origine au moins.

Rappelons que la constitution de dot cessait d'être pour la femme un acte à titre gratuit, quand elle l'avait ignorée ou qu'il y avait été procédé par une personne tenue de doter. Mais cette circonstance n'écartait que la possibilité de la révocation pour cause d'ingratitude.

1° Les fragments du Vatican (§§ 305 et 306) nous apprennent que la constitution de dot n'était pas soumise, à l'égard de la femme, aux conditions de la loi Cincia.

Une telle dispense n'a de sens qu'autant qu'elle s'applique à une donation. M. Bechmann, qui se refuse, en principe, à voir dans la constitution de dot un acte à titre gratuit vis-à-vis de la femme, a prétendu que cette dispense s'appliquait à la donation faite à la femme pour qu'elle se constituât une dot (1) : mais les expressions *dotem dare* et surtout *dotem conferre* ne peuvent s'entendre de cette opération.

2° La constitution de dot fut également dispensée des formalités de l'insinuation. (L. 31 pr., C., v, 12.) Nous avons longuement expliqué comment Bechmann comprend ce texte.

Peut-être prétendra-t-on qu'il y a subtilité à dire que la constitution de dot est un acte à titre onéreux vis-à-vis du mari, parce que l'insinuation ne s'y applique pas, et un acte gratuit vis-à-vis de la femme parce que la loi le dispense de ses formalités. Ces deux raisonnements sont également pertinents et sont suggérés par la lecture attentive de la loi 31 pr. S'agit-il du mari, elle ne dispose pas; elle constate une pratique qu'elle déclare conforme à une saine intelligence du droit. Pour la femme, au contraire, le texte dispose que les formalités imposées aux donataires ordinaires ne seront pas exigées d'elle. *Recte quidem eas (dotes) mariti sine monumentorum observatione suscipiebant.* Et plus loin : *Sancimus itaque in omnibus hujusmodi casibus nullis monumentis indigere* (2).

3° La femme qui s'est rendue coupable d'ingratitude vis-à-vis du constituant encourt la révocation de la libé-

(1) Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, I, p. 211.

(2) Il est superflu d'observer que la prohibition des donations entre époux ne trouvait pas sa place dans la constitution de dot : pour que la femme fût donataire de son mari, il faudrait que la dot eût été constituée par lui-même. Ce qui serait absurde.

ralité. On sait que le droit de révoquer les donations, en cas d'ingratitude n'existait primitivement qu'au profit du patron vis-à-vis de l'affranchi (1). En l'année 349, il fut accordé au père et, sous certaines conditions, à la mère; puis, en l'année 426, à tous les ascendants. C'est seulement Justinien qui déclara toutes les donations révocables pour cause d'ingratitude. (L. 10 C., *de Revoc. don.*, VIII, 55, et *Inst.* II, 7, § 2.)

La révocation de la constitution de dot n'est pas admise par des textes formels; nous avons seulement deux lois qui déclarent que l'ingratitude de la femme est sans influence sur les droits du mari (2). Elles nous apprennent justement ce qui ne pouvait guère être mis en doute; mais on en peut conclure par *a contrario* que la femme ingrate perdait le bénéfice qui lui avait été procuré. De nos deux textes, en effet, on peut tirer deux arguments *a contrario* dont un seul est acceptable : ou bien que le mari qui s'était personnellement montré ingrat vis-à-vis du constituant perdait ses droits; ou bien que la femme ingrate était dépouillée des siens. Cette dernière conclusion est seule acceptable. Outre que le mari était considéré comme un acquéreur à titre onéreux, on peut, pour démontrer que son ingratitude était indifférente au maintien de ses droits, faire l'observation suivante : avant l'innovation contenue dans la loi 10, *de Revoc. don.*, l'ingratitude du mari, à supposer même qu'il fût donataire du constituant, eût été pratiquement indifférente; pour que la dot lui fût retirée, il

(1) Peut-être la révocation était-elle possible sans que l'affranchi donataire fût coupable d'ingratitude.

(2) Loi 69, § 6, D. (XXIII, 3); loi 24 C. (V, 12). La première déclare qu'une dot simplement promise par un patron doit être fournie malgré l'ingratitude de l'affranchie dotée; la seconde, qu'il faut respecter les droits que le mari a pu conserver sur la dot après le mariage dissous.

aurait fallu que le constituant fût son patron ou son ascendant. Or, ce n'était pas par le patron ou l'ascendant du mari, mais bien par ceux de la femme que la dot était constituée. Les deux textes qui déclarent l'ingratitude de la femme sans effet sur les droits du mari ne peuvent donc pas viser, même indirectement, les conséquences de l'ingratitude du mari, puisqu'ils sont antérieurs à la réforme de Justinien.

Nous arrivons donc aux conclusions suivantes : l'ingratitude du mari est dans tous les cas indifférente à la conservation de ses droits, et, à plus forte raison, de ceux de la femme. L'ingratitude de la femme lui fait perdre ses droits, mais sans qu'il en résulte aucune atteinte à ceux dont le mari est investi pendant le mariage, ou qu'il conserve après sa dissolution. En conséquence, si la révocation est poursuivie contre la femme, elle donnera seulement la caution *se restituram quod consecuta fuerit*. Si l'action dotale ne s'ouvre pas à son profit, le donateur ne recouvrera rien. Ces solutions doivent être maintenues, même quand le mari a été complice de l'ingratitude de la femme (1).

4° La femme, en qualité d'acquéreur à titre gratuit, doit être en butte à l'action paulienne, quand la dot a été constituée en fraude des créanciers du constituant; sa bonne foi ne suffit pas à l'en préserver. A la vérité, cette solution est loin de se dégager des textes.

La loi 25, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.* (XLII, 8), fait connaitre les conséquences de la participation de chaque

(1) Comme bien on pense, le constituant pouvait opposer à la femme l'exception *quod facere potest,* quand celle-ci lui réclamait la dot. Cela ne se conçoit que dans l'hypothèse où le mari, n'ayant pas obtenu le paiement d'une dot promise, pouvait se libérer vis-à-vis de la femme qui lui réclamait la dot, en lui cédant son action contre le constituant. (Loi 33, D. XXIII, 3.)



époux à la fraude du constituant. Reprenons les hypothèses qu'il prévoit dans l'ordre qui facilitera le plus notre exposition.

a) Les deux époux ont connu l'insolvabilité du constituant; ils sont tenus tous deux de l'action paulienne. Les créanciers frustrés obtiennent satisfaction immédiate. Cette solution s'impose, quelle que soit la nature de l'acquisition réalisée par les époux.

b) Les deux époux ont ignoré la fraude. Le mari, acquéreur à titre onéreux, verra ses droits respectés; en effet, on doit dire de lui que *certat de damno vitando;* d'ailleurs, la loi ne donne pas lieu au doute à cet égard.

Quant à la femme, puisqu'elle est donataire, sa bonne foi ne suffit pas à la garantir. C'est bien la solution qu'indique timidement le texte : *Si neuter scierit, quidam existimant nihilominus in filiam dandam esse actionem, quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse.* Que de réticences dans cette formule! C'est là l'opinion d'un petit nombre de jurisconsultes : *quidam existimant.* Non seulement le texte ne fait pas rigoureusement découler de la constitution de dot la conséquence qu'elle comporte suivant la nature que nous lui avons assignée; mais la nature même de cet acte y est présentée comme incertaine : le bénéfice acquis à la femme lui provient *quasi ex donatione.*

Tout porte à croire que Venuleius, à qui est due notre loi 25, § 1, ne partageait pas l'opinion qu'il prête à quelques jurisconsultes. En effet, après avoir parlé, dans le § 1, des conséquences de la fraude d'un beau-père, auteur d'une constitution de dot, il s'occupe, dans le § 2, d'un constituant *extraneus fraudator :* or, après avoir subordonné l'ouverture de l'action paulienne contre le mari à la condition de sa complicité, *si scie-*

rit, il ajoute, en termes impératifs : il en est de même de la femme, *æque mulier*.

Ajoutons que nous ne rencontrons dans la loi romaine aucun texte qui consacre la théorie suivant laquelle la femme n'était jamais soustraite à l'action paulienne; tandis qu'un texte d'Ulpien (loi 14, *in fine*, D. XLII, 8), confirme l'opinion de Venuleius. Prise à la lettre, cette loi aurait une autre portée, reconnue inacceptable : elle signifierait que la femme pourrait être contrainte par l'action paulienne à céder aux créanciers du constituant l'action dotale qui lui appartient contre le mari, quand ce dernier a été complice de la fraude du constituant : *Pro filia sua dotem dedisset scienti fraudari creditores*. Pourquoi cette cession d'action, puisque l'action paulienne est directement donnée contre le mari? Ainsi interprété, le texte n'a pas de sens. A supposer même qu'il puisse être pris à la lettre, et quoiqu'il ne fasse pas dépendre l'efficacité de l'action paulienne contre la femme de sa participation à la fraude du constituant, on ne peut dire qu'il l'en déclare passible dans tous les cas; en effet, il ne prive la femme du bénéfice de l'action dotale qu'à la condition, injustifiable en raison, qu'une fraude soit imputable au mari. Aussi ne fait-on pas difficulté à substituer au datif *scienti*, qui se rapporte au mari, l'ablatif *sciente*, qu'on accorde avec le mot *filia* (*pro filia sciente*). Ainsi corrigé, le texte suppose une femme passible de l'action paulienne, alors que son mari n'y est pas exposé, et il indique par quel procédé les créanciers du *fraudator* obtiendront satisfaction, sans atteindre les droits du mari. Mais alors Ulpien, comme Venuleius, ne donne l'action paulienne aux créanciers que contre une femme de mauvaise foi.

En présence de témoignages si précis, et faute de pou-

voir produire aucun texte en sens contraire, force nous est de reconnaitre que la théorie de Venuleius et d'Ulpien devait être consacrée par la pratique. Et cependant, l'opinion contraire, mentionnée seulement dans un texte qui la repousse, était seule conforme aux principes. En effet, on n'aperçoit pas de motif pour lequel la femme serait considérée comme un acquéreur à titre onéreux, et soustraite par sa bonne foi aux conséquences de l'action paulienne; certains interprètes ont nié qu'elle fût donataire du constituant, mais en soutenant qu'elle n'était à aucun titre son ayant-cause, non en prétendant qu'elle eût acquis de lui à titre onéreux. A mon sens, la pratique qui faisait échapper la femme de bonne foi à l'action révocatoire s'expliquait par une idée de faveur et de protection; il n'y avait pas là l'application d'un principe général, une conséquence rigoureusement déduite de la nature du droit de la femme. Nous verrons, en effet, que c'est seulement en présence d'un mari de bonne foi, et dans l'hypothèse spéciale qui nous occupe, que la femme, également de bonne foi, conservait le bénéfice de la constitution de dot.

Dans l'opinion contraire, seule logique et juridique, quand les époux étaient de bonne foi, le mari seul pouvait repousser l'action paulienne. Pour maintenir ses droits, en faisant tomber ceux de la femme, on pouvait employer le procédé indiqué par Ulpien : la cession aux créanciers de l'action dotale. On pouvait aussi recourir à un autre moyen, que Venuleius lui-même nous fait connaître comme étant d'un emploi nécessaire, dans le système contraire au sien : La femme donnait la *cautio se restituram quod consecuta fuerit*.

Poursuivons l'analyse de notre loi.

c) Le mari a ignoré la fraude, et la femme l'a connue : *tenebitur filia*. Pratiquement, la situation est la même

que si les deux époux ont ignoré la fraude, dans l'opinion qui traite la femme comme une donataire. L'action paulienne compétera contre elle, sans que les droits du mari puissent être atteints.

d) Le mari a connu la fraude et la femme ne l'a pas connue. Dans l'opinion qui considère la femme comme un acquéreur à titre gratuit, cette hypothèse se ramène à celle où les deux époux ont connu la fraude. Dans l'opinion inverse, il faudra sans doute respecter les droits de la femme, en faisant tomber ceux du mari, et l'on ne voit pas comment on y parviendra, au moins pendant la durée du mariage (1). Venuleius, qui devait maintenir les droits de la femme, ne se préoccupe pas directement de cette difficulté, qui ne se pose pas dans notre opinion, mais que la pratique devait rencontrer; mais il décrit le fonctionnement de l'action paulienne dans notre hypothèse : or, elle aboutissait, de l'aveu de Venuleius lui-même, à la violation des droits de la femme de bonne foi.

Poursuivi par les créanciers du constituant au cours du mariage, le mari leur a restitué la dot; il cesse ainsi d'avoir une dot, et n'a rien à restituer à la femme à la dissolution du mariage. Malgré sa bonne foi, la femme est frustrée du bénéfice de l'action dotale. Venuleius croit justifier cette décision en observant que l'action paulienne est restitutoire et non pénale persécutoire.

La dot avait déjà été restituée quand le mari est poursuivi par l'action paulienne. Il semblerait de prime abord que la femme est protégée par sa bonne foi, puisque l'action révocatoire ne peut pas être dirigée contre elle; on va voir que, pratiquement, elle en subit

(1) En droit français, cette difficulté pratique ne peut pas être écartée, car la femme, au point de vue de l'action paulienne, est traitée comme un acquéreur à titre onéreux.



peut-être les conséquences. L'action paulienne réussit, en effet, contre le mari dénanti de la dot (1); mais a-t-il un recours contre la femme à qui, en définitive, il a payé l'indû, puisqu'il se trouve après coup n'avoir pas reçu de dot? Il faut distinguer : s'il a payé à la suite d'une sentence du juge statuant sur l'action dotale, il n'a pas de recours : il n'y a pas lieu à répétition de l'indû qui a été payé sur l'ordre du juge. S'il y a eu paiement volontaire, Venuleius se pose la question sans la résoudre. Pothier (2) refuse tout recours au mari, parce qu'il a payé sachant qu'il était exposé à l'action paulienne, parce qu'il a sciemment payé l'indû; mais ce point devait faire doute dans la pratique.

Quelque solution qu'on donne à cette question, nous pouvons constater que la femme de bonne foi était privée de sa dot quand l'action paulienne avait été exercée contre le mari au cours du mariage, avant la restitution de la dot. Dans ce cas, au moins, elle est traitée comme une donataire.

Un jurisconsulte allemand a voulu rencontrer dans

(1) L'admission de l'action paulienne contre le mari n'est-elle pas faite pour nous étonner? Après la restitution de la dot, il semblerait que l'action paulienne ne dût plus être possible que contre la femme. Sans doute l'action paulienne, étant personnelle, compète contre un acquéreur qui a aliéné les biens acquis en fraude *(Competit adversus eos qui res non possident, ut restituant.* Loi 9, *Quæ in fr. cred.*) Mais le mari qui a restitué la dot ne l'a pas aliénée au profit de la femme, puisque celle-ci est l'ayant-cause à titre gratuit du constituant. Or, une personne à qui a été conféré frauduleusement un droit temporaire n'est plus passible de l'action révocatoire quand ce droit a pris fin, sinon peut-être dans la mesure de l'avantage qu'il en a retiré. On nous objectera peut-être que l'acquisition du mari restait perpétuelle, malgré l'admission de l'action dotale. Sans doute, en principe, le mari était propriétaire définitif de la dot, malgré la restitution dont il était éventuellement tenu; mais quand il avait effectivement restitué, on ne pouvait nier que son droit eût été temporaire.

(2) Pothier, *Pand. Just.*, tit. *Quæ in fraud. cred.*, n° 20, texte et notes.

notre loi 25 §, 1, plus d'obscurités encore qu'elle n'en contient. Il se peut, nous dit Czyhlarz (1), que la femme qu'on hésite à traiter comme une donataire ait ignoré non pas la fraude du constituant, mais le fait même de la constitution de dot : or, on sait qu'en pareil cas la femme n'était pas donataire. Comment est-il possible de lire ainsi la loi 25, § 1? La situation de la femme y est constamment rapprochée de celle du mari qui, lui, n'a pu ignorer que la fraude du constituant, puisqu'il a été partie à la constitution de dot. Non seulement Czyhlarz émet une hypothèse sans fondement, mais son assertion est juridiquement fausse. La femme qui ignore la constitution de dot n'est soustraite qu'aux conséquences de son ingratitude vis-à-vis du constituant; mais le jour où l'action paulienne sera dirigée contre elle, où nécessairement elle connaîtra la constitution de dot, elle ne pourra se retrancher derrière son ignorance. Une fille dotée par un ascendant qui était dans l'obligation de pourvoir à son établissement ne pourra pas davantage prétendre qu'elle n'est pas donataire : la preuve en est dans notre loi 25, § 1, qui raisonne sur l'hypothèse d'une dot constituée par un beau-père en fraude de ses créanciers (2).

Pour en finir avec l'action paulienne, rappelons qu'en droit romain, quand une dot avait été constituée par voie de renonciation à un legs, à une hérédité, dont le mari profitait à défaut de renonçant, l'opération s'analysait comme il suit : le renonçant était censé avoir accepté le legs ou l'hérédité et l'avoir ensuite constitué

(1) *Op. cit.*, § 20.

(2) La femme n'était réellement un acquéreur à titre onéreux que quand la dot avait été fournie par un de ses débiteurs, obligé envers elle à titre onéreux. Encore, dans ce cas, la constitution de dot n'était-elle que l'exécution d'une obligation préexistante, et c'était dans cette obligation que la femme puisait ses droits.

en dot. Ainsi comprise, la constitution de dot pouvait tomber sous le coup de l'action paulienne. On sait, en effet, qu'à Rome, à la différence de ce qui est admis dans notre droit, les simples renonciations ne donnaient pas lieu à l'action paulienne contre celui qui en avait bénéficié; différence peu explicable en raison, car si, en principe, ces renonciations ne portaient pas sur des droits acquis, comme il arrive aujourd'hui, la répudiation du *suus heres*, qui ne pouvait être critiquée par ses créanciers, lui faisait perdre un droit acquis (1).

5° Nous aurons fait connaître toutes les conséquences de la gratuité de constitution de dot vis-à-vis de la femme, quand nous aurons parlé de la *collatio dotis* et de la *querela inofficiosæ dotis*.

Qund un *de cujus* a fait, de son vivant, une libéralité à l'un de ses héritiers qui sont d'un degré assez proche pour qu'on doive supposer chez le disposant l'intention de leur faire une situation égale, l'héritier gratifié rapporte le montant de la libéralité. Telle est, un peu élargie, l'idée qu'il faut se faire de la *collatio dotis*.

A raison de l'inaptitude des personnes en puissance à avoir des biens en propre, l'obligation de *conferre* ne fut pas à Rome une obligation primitive. Les héritiers, où plutôt les descendants d'une personne, ne pouvaient recevoir d'elle une libéralité. On aurait compris que la dot fût l'occasion de la plus ancienne application de la *collatio:* seule de tous les enfants demeurés en puissance, la fille dotée pouvait à la fois être héritière de son *pater* et avoir reçu de lui une libéralité, cela à cause de l'appropriation de la dot par le mari tant que durait le mariage, et des règles spéciales de l'action *rei uxoriæ adjecta filiæ persona,* après sa dissolution. En fait,

(1) Accarias, *Précis de dr. romain,* II, n° 850.

c'est la vocation des enfants émancipés à la *bonorum possessio* qui fournit la première application de la *collatio*. Il ne s'agissait donc pas d'héritiers qui, demeurés en puissance, avaient pu cependant acquérir des biens en propre, mais de personnes qui, sorties de la puissance paternelle et capables, comme telles, d'avoir des biens, obtenaient un droit successoral. Le préteur, admettant les enfants à la succession paternelle, leur imposait le rapport des biens qu'ils avaient acquis pour leur propre compte, tandis que leurs frères et sœurs acquéraient pour le *pater* dont ils avaient grossi l'hérédité. Une fille émancipée était traitée comme un fils ; mariée ou non, elle était astreinte à la *collatio* de tous ses biens, y compris sa dot, qu'elle fût profectice ou adventice. C'était là une conséquence de la *collatio bonorum*, non une application de la *collatio dotis*. Cette obligation de la fille émancipée (ou donnée en adoption) est indiquée par la loi 2 D. (XXXVII, 7), mal placée au titre *de Collatione dotis*, puisqu'elle prévoit une simple hypothèse de *collatio bonorum*. La fille rapportait la dot même quand le mariage durait encore, et qu'elle n'avait qu'une chance très incertaine de la recouvrer par l'action dotale. Il est probable que la femme, qui ne pouvait exiger la restitution anticipée de la dot dans le but de la rapporter, était réduite au rapport en moins prenant, et, parfois, contrainte de renoncer à sa vocation héréditaire (1).

(1) De la fille émancipée, on rapproche parfois la fille mariée avec *manus*. Mais la *manus* était-elle encore bien usitée quand les enfants émancipés furent admis à la *bonorum possessio*? Pour refuser la *bonorum possessio* à la fille sortie de la famille par suite de la *manus*, on observe parfois qu'à la différence de la fille émancipée, elle avait retrouvé dans la famille de son mari les droits qu'elle avait perdus dans sa famille d'origine. Argument peu concluant, puisque la fille donnée en adoption était appelée à la *bonorum possessio* et soumise à la *collatio*. (Loi 2, D. XXXVII, 7.)

La *collatio dotis* n'apparaît réellement qu'à l'époque où la dot fut l'objet d'une obligation spéciale de *conferre*, quand la fille demeurée en puissance fut astreinte à la *collatio*. Cette innovation est-elle due au préteur ? Est-elle l'œuvre d'Antonin le Pieux, comme semble l'attester la loi 1 pr. (XXXVII, 7) ? On concilie d'ordinaire ces deux opinions, en déclarant que le préteur imposait la *collatio dotis* à la fille en puissance, quand elle recourait à la *bonorum possessio,* ce qui était bien peu pratique, puisqu'elle était *sua heres;* et qu'Antonin le Pieux l'astreignit dans tous les cas à la *collatio,* qu'elle demandât ou non la *bonorum possessio*.

Tout d'abord, la *collatio dotis* fut exactement copiée sur la *collatio bonorum ;* elle était due de la dot adventice comme de la dot profectice. Appliquée à la dot adventice, elle se justifiait par ce motif que la fille avait réalisé une acquisition dont le patrimoine du *pater* ne s'était pas accrue : c'était l'idée ancienne. Appliquée à la dot profectice, elle avait un autre but : elle assurait aux frères et sœurs une part égale dans la succession du *pater*. Cette idée ne fut pas tout d'abord aperçue dans l'institution nouvelle.

L'idée qui était contenue en germe dans la *collatio dotis* devait se dégager, se développer, quand le motif qui expliquait la *collatio bonorum*, et sur lequel on avait cru pouvoir asseoir la *collatio dotis*, vint à faire défaut. La *collatio bonorum* dérivait de cette idée que certains successibles avaient grossi l'hérédité du *de cujus*, tandis que les autres avaient acquis pour leur propre compte. Quand les enfants en puissance purent avoir des biens en propre, son champ d'application diminua ; à mesure que le père de famille cessait d'acquérir certains biens du chef de ses enfants en puissance, les enfants émancipés cessaient de *conferre* les

biens correspondants. Après l'admission des *bona adventitia*, les enfants en puissance eurent en propre toutes espèces de biens, sauf ceux qui leur provenaient de leur *pater ;* toutefois, le *pater* avait la jouissance de tous leurs biens adventices. La *collatio bonorum* ne pouvait donc plus s'appliquer qu'aux biens que les enfants émancipés avaient reçus de leur père et aux revenus du reste de leur fortune, ou du moins à leurs économies. Mais il est presque certain qu'ils ne devaient pas la *collatio* de leurs revenus. Au contraire, ils rapportaient ce qu'ils avaient reçu de leur père, et en cela ils étaient moins bien traités que les enfants en puissance, qui gardaient leur pécule. C'est que ce pécule n'était acquis au fils en puissance qu'à la mort du *pater*, tandis que c'était du vivant de leur père que les enfants émancipés acquéraient les biens qu'ils recevaient de lui. Enfin, la novelle 118, qui fonda les vocations successorales sur le lien du sang, fit disparaître la *bonorum possessio* et ne laissa plus place à la *collatio bonorum*. La *collatio dotis adventitiæ* avait suivi le sort de la *collatio bonorum*.

La *collatio dotis profectitiæ* subsista, au contraire. L'idée qui lui servait de base, le désir d'établir l'égalité entre les héritiers d'une même personne, reçut même plusieurs extensions.

La *collatio* fut appliquée non seulement à la dot, mais à la *donatio propter nuptias*, et, en général, aux libéralités imputables sur la légitime. Elle fut due non seulement à la succession du *paterfamilias*, mais aussi à celle des ascendants paternels et maternels. (Loi 20, loi 17, C., *de Coll.*)

Enfin elle fut due non seulement quand l'enfant qui avait été gratifié, venait en vertu d'une vocation *ab*

intestat, mais aussi quand il venait en vertu d'une succession testamentaire (1). (Nov. 18, C. 6. Cf. L. un., § 12, C., v, 13.)

Mais jamais le droit romain ne connut notre rapport moderne, dû par tous les héritiers à un degré quelconque, à l'occasion de toutes les libéralités.

Etudiant les effets de la constitution de dot vis-à-vis du mari, nous n'avons pas dit que la *collatio* ne s'appliquait pas à lui, à raison du bénéfice que lui procurait la dot. C'est évident, vu sa qualité d'acquéreur à titre gratuit. Cette remarque n'a d'ailleurs de portée que dans l'hypothèse bien peu pratique où le mari est le descendant et, partant, l'héritier du constituant de la dot de la femme.

Il y a lieu, toutefois, à propos du mari, de faire deux observations relatives à la *collatio* appliquée à la dot. C'est d'abord que le mari, quand il était admis à la *bonorum possessio* en qualité de fils émancipé, ne comprenait pas la dot de sa femme dans la *collatio bonorum,* même quand le mariage avait pris fin. En effet, le fils demeuré en puissance prélevait dans la succession paternelle la dot de la femme. (L. 1, § 20; l. 3, § 4 D., *de Coll.*, xxxvii, 6.)

En outre, le mari ne subissait jamais aucun préjudice

(1) Ajoutons que la *collatio dotis* était due à tout cohéritier. Cette observation est sans portée à partir de l'époque où la vocation de tous les successibles reposa sur le lien du sang. Mais avant cette réforme, tandis que la *collatio bonorum* et la *collatio dotis adventitiæ* n'étaient dus qu'aux *suî*, une constitution de l'empereur Gordien (loi 4, C. vi, 20), déclara que le rapport de la dot profectice était dû par la fille en puissance, aux émancipés comme aux *suî;* plus tard, une constitution de l'empereur Léon (loi 17, *de Collat.,* vi, 20), décida que le rapport de la dot profectice serait dû par la fille émancipée suivant les règles de la *collatio dotis*, c'est-à-dire tant aux émancipés qu'aux *suî*. Ces réformes prouvent qu'avant même la disparition de la *collatio bonorum*, on avait compris que la *collatio dotis* s'inspirait d'une idée d'égalité entre les héritiers.

de la *collatio dotis* que sa femme était tenue d'effectuer. Les droits qu'il avait sur les biens dotaux pendant le mariage et ceux qu'il conservait après le mariage dissous étaient toujours respectés.

La *collatio* n'était pas pour la femme un motif suffisant d'exiger la restitution de la dot au cours du mariage; elle ne pouvait rapporter qu'en moins prenant (1). Si la succession était insuffisante et si la part que pouvait abandonner la femme était moindre que la dot qu'elle avait reçue, elle avait la ressource de s'exonérer de la collation par une répudiation. (L. 9 D., XXXVII, 7.)

Si la succession qui donnait lieu à la *collatio* s'ouvrait après le mariage dissous, la femme en était tenue et devait l'effectuer, alors même qu'elle n'eût pas recouvré la dot. Ainsi en était-il quand la femme n'avait recouvré la dot que partiellement parce que le mari avait exercé une *retentio*, ou même quand la dot avait été totalement perdue pour elle, parce qu'elle avait provoqué le divorce.

(1) Loi 5, Code VI, 20. — Le procédé de rapport en moins prenant est formellement indiqué dans une espèce voisine : une femme a constitué en dot un bien qu'elle a recueilli dans un partage fait sous forme de transaction, puis elle s'est fait restituer contre ce partage. Le bien qu'elle obtiendra par suite du nouveau partage sera-t-il dotal et remplacera-t-il le bien constitué en dot qui a été remis à la masse partageable? Le texte écarte cette difficulté en déclarant que le mari gardera le bien attribué primitivement à la femme, mais que celle-ci effectuera un véritable rapport en moins prenant.

Le rapport en moins prenant pouvait être évité quand la femme donnait caution à ses héritiers de partager la dot avec eux quand elle en obtiendrait la restitution. Mais il fallait qu'ils se contentassent de cette caution. Outre qu'ils n'obtenaient ainsi qu'une satisfaction tardive, on sait que c'était la dot elle-même, et non pas ce qu'elle obtenait en exerçant l'action dotale, que la femme devait rapporter. Ce procédé n'était pratique que quand la dot, *sub conditione promissa,* n'était pas encore payée à la dissolution du mariage. (Loi 1, § 7 D., XXXVII, 7.)

Le rapport pouvait être évité quand, une dot ayant été promise par un père qui ne l'avait pas payée, la femme était créancière de la dot vis-à-vis de ses frères et sœurs, auxquels elle devait la *collatio*. (Loi 1, § 8, D., XXXVII, 7; loi 2, C. VI, 2.)

Mais quand l'action *rei uxoriæ* ne s'était pas ouverte parce que la femme était prédécédée, il est clair qu'il n'y avait pas lieu à *collatio*, la femme ne pouvant venir à une succession ouverte après la dissolution du mariage.

Mais si la femme, qui avait droit à la restitution de la dot, n'a pu l'obtenir par suite de l'insolvabilité du mari, doit-elle la *collatio* en pareil cas? Il faut distinguer : si elle était dans la puissance de son *pater*, qui lui avait constitué une dot de valeur moyenne, si bien qu'en présence des mauvaises affaires du mari, elle ne pouvait obtenir la restitution anticipée de la dot, une sorte de séparation de biens, qu'avec l'intervention de son *pater*, elle ne rapportait que son action en restitution. Si elle était *sui juris*, ou si, étant *alieni juris*, elle avait été dotée par un ascendant autre que son *pater*; si enfin elle avait été dotée par son *pater*, mais d'une dot considérable, elle était en faute de ne s'être pas mise à l'abri des conséquences de la ruine de son mari et était astreinte à la *collatio* d'une valeur égale à la dot (1).

Observons, en terminant, que si la *collatio* était une conséquence de la gratuité de l'acquisition réalisée par la femme, il ne faudrait pas dire que la dot était rapportable parce qu'elle était une donation : car la *collatio* ne s'appliqua jamais à toutes les donations (2) et trouva dans la constitution de dot son application première.

L'admission de la *querela* contre une constitution de dot inofficieuse est une nouvelle preuve de la gratuité

(1) Novelle 97, ch. 6. Cf. un texte d'Ulpien, loi 1, § 6, D. x, 2; en sens contraire : Papinien, loi 20 pr., h. tit.

(2) Toutefois, par exception, une donation ordinaire était rapportée quand l'héritier, qui l'avait reçue, concourait avec un autre héritier, bénéficiaire d'une libéralité sujette à *collatio*. (Loi 20, § 1, C. vi, 20.)

de l'acquisition de la femme : sur ce point, il y a similitude entre la dot et une donation. L'empereur Constance déclare que les enfants dont la mère a dissipé sa fortune en constitutions de dot ont droit à la *querela,* comme s'ils étaient frustrés par un testament inofficieux (1). La *querela inofficiosi testamenti* était toujours le type auquel on rapportait ces sortes de recours, mais c'étaient les règles de la *querela inofficiosæ donationis* qui devaient s'appliquer ici.

M. Czyhlarz admet que le mari subissait les conséquences de la *querela* dirigée contre la femme. C'est de sa part une pure affirmation : rien ne démontre que le mari voyait ses droits atteints par la *querela,* alors que la *collatio* les laissait subsister. Il faut reconnaître que les éléments d'une solution nous font totalement défaut (2).

Nous rencontrons une dernière conséquence du caractère gratuit de l'acquisition de la femme dans une matière voisine de la *querela :* la dot était imputable sur la légitime de la femme. Du jour où la *querela* s'appliqua aux donations, il eût été équitable d'imputer sur la légitime celles qui avaient été faites aux légitimaires. En effet, après l'admission de la *querela inofficiosæ donationis,* la légitime ne se calcula plus comme la quarte Falcidie; elle se calcula sur l'actif net de la succession, en y ajoutant les biens donnés entre vifs. N'eût-il pas été juste qu'un légitimaire, à qui avait été adressée une donation égale au chiffre de sa légitime, n'eût pas le

(1) Loi unique, C., *de Inof. dot.*, III, 30.

(2) A défaut de texte précis sur la question, et faute que les interprètes modernes du droit romain la tranchent à l'aide d'arguments probants, nous pouvons signaler que, dans notre ancien droit, qui prétendait en cela suivre le droit romain, l'action en réduction dirigée contre une constitution de dot ne pouvait faire préjudice au mari. (V. CHOPPIN, *de Mor. Paris.,* l. II, t. 1er, n° 34.)

droit d'intenter la *querela?* L'équité ne reçut jamais, sur ce point, une entière satisfaction; mais les donations les plus usuelles et les plus importantes : dot, donation *propter nuptias* et donation *ad emendam militiam,* furent déclarées imputables sur la légitime (1). Ce sont les mêmes libéralités qui furent soumises à la *collatio.* C'est ici l'occasion de répéter ce que nous disions à propos de la *collatio.* La dot ne pouvait être imputée sur la légitime qu'à raison de l'acquisition purement gratuite procurée à la femme; mais, en cela, elle n'était pas traitée comme une donation ordinaire, puisque jamais les donations ordinaires ne furent imputables sur la légitime (2)

(1) Lois 29 et 30. C., *de Inoff. test.; Inst.* Just., II, 17, § 6.
(2) Ulpien admettait seulement la validité de la clause suivant laquelle une donation entre vifs était imputée sur la quarte légitime. (Loi 25 pr., D., *de Inof. test.*, v, 2.)

APPENDICE

LA DONATION « PROPTER NUPTIAS »

A Rome, la constitution de dot, en tant qu'acte distinct et original, consistait uniquement dans l'apport de certains biens au mari par la femme ou un tiers en son nom; ce qui donnait à l'opération sa physionomie particulière, c'est que les charges du mariage, imposées au mari, imprimaient un caractère onéreux à son acquisition, qui sans cela eût été gratuite. Outre qu'elle procurait des droits au mari, la constitution de dot, quand il y était procédé par un tiers, était, pour la femme, l'occasion d'une acquisition : mais il n'y avait là qu'une libéralité ordinaire, une simple donation, et si la constitution de dot n'avait produit que cet effet, elle n'eût pas mérité d'être rangée dans une classe à part. Quoique le bénéfice réalisé par la femme puisse être employé par elle à l'acquittement des charges du mariage qui la grèvent, nous sommes en présence d'une acquisition purement gratuite. Les charges du mariage sont sans influence sur la nature des droits de la femme; l'avantage qu'elle recueille dans la constitution de dot est identique à celui qui résulte pour elle d'une donation qui lui a été faite, lors de son mariage, de biens destinés à demeurer paraphernaux. C'est uniquement l'acquisition réalisée par le mari du chef de la femme ou d'un tiers en son nom, qui peut emprunter aux charges du

mariage le caractère onéreux. La femme peut bien être dotée, une dot ayant été constituée au mari en son nom ; mais une dot ne peut lui être constituée.

Quant au mari, c'est à lui que la dot est constituée ; il reçoit la dot de la femme, et cette acquisition, d'une nature toute spéciale, ne peut lui parvenir que de la femme. Si un tiers, sans constituer une dot au nom de la femme, donnait certains biens à un mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, il lui ferait une libéralité proprement dite, une donation ordinaire.

Donc la dot est uniquement l'apport de la femme au mari ; la constitution de dot est uniquement le procédé par lequel cet apport est effectué. La donation au profit de la femme, qu'elle contenait à partir d'une certaine époque, n'en fut jamais, malgré son importance, qu'une conséquence accessoire.

Comment donc certains interprètes, parlant de la donation *propter nuptias*, peuvent-ils y voir la dot du mari ? En quel sens faut-il prendre cette expression ? Comme nous l'allons voir, c'est en un sens très différent qu'on a dit de la donation *propter nuptias* qu'elle était la contre-partie de la dot de la femme.

Pour considérer la donation *propter nuptias* comme une contre-dot, il faut envisager la dot en fait plutôt qu'en droit; il faut y voir non pas une acquisition faite par le mari, dont les charges du mariage seraient l'exacte compensation, ce qui est le point de vue purement juridique, mais plutôt un bénéfice excessif, injustifiable, quand le mari gardait la dot à la dissolution du mariage. La donation *propter nuptias*, née des *sponsalitia munera*, c'est-à-dire des présents que les futurs époux se faisaient l'un à l'autre, et spécialement qu'un futur mari faisait à sa fiancée, eut pour but essentiel, quand elle devint une institution originale, de procurer

à la femme une compensation du sacrifice qu'elle s'imposait par la constitution de dot. Elle était adressée à la femme par le mari ou un tiers en son nom, comme la dot provenait au mari de la femme ou d'un tiers en son nom.

L'inconvénient principal des *sponsalitia munera*, qui n'étaient que des donations ordinaires antérieures au mariage, était de priver le mari, quand ils émanaient de lui, de valeurs qu'il aurait pu affecter aux charges du mariage, s'il ne les eût données à la femme. Pour parer à cet inconvénient, la pratique imagina le procédé suivant : la femme constituait en dot à son mari les biens qu'elle venait de recevoir de lui à titre de donation. Cette pratique promptement généralisée devint une règle de droit (1). Aussi la donation anténuptiale produisait un effet très particulier : c'était pour le mari un moyen de grossir, d'augmenter la dot que lui apportait sa femme.

Faisant partie intégrante de la dot, la donation anténuptiale était restituée à la femme ou gardée par le mari suivant les règles ordinaires de l'action *rei uxoriæ* (2). Comment pouvait-on dire alors qu'elle fût

(1) On dit parfois que c'est seulement en 449 que la donation anténuptiale reçut des règles spéciales, apparut avec une physionomie à part. Sans doute, c'est dans une constitution de cette année (loi 8, 4, C., *de Repud.*, v, 17) qu'elle est nommée pour la première fois. Mais à supposer même qu'avant cette époque cette donation ne s'ajoutât pas de plein droit à la dot la femme, la convention lui assignait souvent cette destination. Nous en avons la preuve dans deux constitutions des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla, et des empereurs Dioclétien et Maximien. (Lois 1 et 14, C. v, 3.)

(2) La donation anténuptiale appartenant à la femme survivante et à la femme divorcée, on s'est parfois refusé à y voir l'origine de l'augment de dot de nos pays de droit écrit, qui était un simple gain de survie. Mais la suppression seule du divorce ne donnait-elle pas ce caractère à la donation anténuptiale, ne la réduisait-elle pas à un gain de survie?

La constitution de 449 précitée avait pour objet de modifier les règles de la restitution de la dot en cas de divorce, telles qu'elles résultaient de l'action *rei uxoriæ*.

une contre-dot, qu'elle fût pour la femme la compensation de sa dot, puisqu'elle était perdue pour elle dans les mêmes hypothèses où la dot n'était pas restituée? Autrefois, la femme qui avait apporté la dot risquait de la perdre ; le mari, qui n'avait rien apporté, n'avait que des chances de gain. Désormais, les deux époux courent les mêmes chances : la femme est exposée à perdre la dot; mais si elle la gagne, elle obtiendra aussi la donation. Le mari a chance de gagner la dot ; mais s'il ne la conserve pas, il perdra en outre la donation anténuptiale.

Aussi, quand la femme avait, dans tous les cas, droit à la restitution de sa dot, la donation anténuptiale n'en suivait pas le sort. Cette solidarité créée au profit de la femme eût, en pareil cas, injustement tourné contre le mari. Quand donc la femme s'assurait le bénéfice de l'action *ex stipulatu,* la donation restait dans tous les cas au mari. Après l'organisation par Justinien de la nouvelle action dotale, la femme ne pouvait jamais exiger, avec la dot, la donation anténuptiale. (Novelle 22, chap. 20, § 1).

A quoi donc servait cette donation dont la femme ne bénéficiait jamais? Son utilité se transforma. Il était parfois bien dur de priver le mari, à la dissolution du mariage, de tous droits sur les biens dotaux : aussi une convention très usitée déterminait la portion de la dot que le mari survivant pourrait conserver ; par une juste réciprocité, les époux fixaient la portion des biens du mari qui serait attribuée à la femme survivante. La donation anténuptiale consistait dans la désignation de certains biens, la détermination de certaines valeurs dont la femme survivante recueillerait une quote-part. Ainsi, la donation anténuptiale, transformée, demeurait la contre-partie de la dot, mais dans un sens tout nou-

veau, « en ne considérant la dot qu'au point de vue du droit de survie qu'elle pouvait constituer pour le mari. » — « La quote-part de la donation anténuptiale qui était assurée à la femme survivante constitua seule pour elle une libéralité. La somme totale de la donation *ante nuptias* ne fut plus qu'une valeur fictive, qui servait à calculer la donation dont réellement bénéficierait la femme, le cas échéant (1). »

La convention s'exerça d'abord librement; en 468, une constitution des empereurs Léon et Anthémius (loi 9, C. v, 14) décida que les gains de survie que les époux s'attribuaient devaient être proportionnels. Si la femme assurait au mari un quart de la dot, elle avait droit à un quart de la donation. La proportionnalité exclut le plus souvent l'égalité, loin d'y conduire; Justinien en vint à prescrire l'égalité des avantages réciproques. Il atteignit ce but par une voie détournée, en prescrivant que la dot et la donation fussent égales (2).

La donation anténuptiale était donc nécessaire quand les époux voulaient se faire des libéralités réciproques. Aussi la loi les facilita et les encouragea singulièrement.

Pendant longtemps, cette donation n'avait été possible qu'avant le mariage contracté : Justin permit de l'augmenter (loi 19, C. v, 3.) et Justinien de la faire pendant le mariage. Elle reçut alors le nom de *donatio propter nuptias*. (Loi 20, C. v, 3; Inst. Just., § 3, XXI, 7.)

Les mêmes personnes qui étaient tenues de doter leurs filles furent mises dans l'obligation de faire au

(1) Esmein, *Le Testament du mari et la donation « propter nuptias. »*

(2) Novelle 97, ch. 1er. Justinien avait précédemment décidé que quand les avantages stipulés seraient inégaux, le plus fort serait ramené au chiffre du plus faible. (Loi 10, C. v, 14.)

nom de leurs fils des donations *propter nuptias* (1).

Enfin Justinien (Nov. 119, ch. 1er) dispensa ces donations de l'insinuation. Constantin avait déjà permis de procéder, pendant le mariage, aux formalités de l'insinuation; il en avait même dispensé la donation anténuptiale faite à une femme mineure de vingt-cinq ans.

A tous ces points de vue, la donation *propter nuptias* était assimilée à la dot, ou plutôt soumise aux mêmes règles. Ajoutons qu'elle était, comme la dot, sujette à *collatio* (2) et imputable sur la légitime (3).

Il y a plus; il ne suffisait pas qu'une donation eût été faite, il fallait que la conservation des biens qu'elle comprenait fût assurée; on employa les mêmes procédés qui garantissaient à la femme la reprise de sa dot. A cet égard, toutefois, il n'y eut jamais identité entre la dot et la donation. Sans parler de l'hypothèque légale dont la femme pouvait se prévaloir pour obtenir la délivrance de l'avantage auquel elle avait droit, et qui, à la différence de l'hypothèque qui lui assurait la reprise de sa dot, ne fut jamais privilégiée, les immeubles compris dans la donation étaient inaliénables, mais d'une inaliénabilité moins absolue que celle des immeubles dotaux. Ils pouvaient être aliénés quand la femme y avait consenti par deux fois, à deux années d'intervalle, pourvu qu'elle trouvât dans les autres biens du mari une garantie suffisante de ses droits. (Nov. 61.)

Toutes ces règles exceptionnelles qui facilitaient les donations *propter nuptias*, et assuraient la conservation

(1) Loi 28, C. I, 4; loi 25, C. V, 4. Fournie par un ascendant paternel du mari, la *donatio propter nuptias* lui faisait retour en cas de mort de ce dernier, comme le *pater* recouvrait la dot qu'il avait constituée au nom de sa fille. (Loi 2, C. VI, 40.)

(2) Const. de Léon, de 467. (Loi 17, C. IV, 20.)

(3) Const. de Zénon, de 481. (Loi 29, C. III, 28.)

des biens qu'elles comprenaient, leur permettaient de répondre à leur but, rendaient possibles les avantages faits par le mari à la femme. La dot, dont la destination principale était de procurer au mari, pendant le mariage, les ressources nécessaires, formait en même temps un ensemble de biens sur lesquels les droits du mari survivant s'exerçaient naturellement. En face de la dot, il fallait constituer une masse de biens, sur lesquels s'asseoiraient les droits de la femme ; mais c'était là le but unique, exclusif, et non pas subsidiaire, de la donation *propter nuptias*.

Si, en droit, cette donation n'avait pas d'autre utilité, en fait elle présentait un autre avantage. Les ascendants du mari étaient forcés de faire une donation *propter nuptias* ; le mari lui-même était contraint de faire dans son patrimoine une masse à part de certains biens, pour une valeur égale à la dot de la femme ; et ces biens, ainsi donnés par des tiers, ou distingués par le mari du reste de sa fortune, étaient frappés d'inaliénabilité. Pendant toute la durée du mariage, ils restaient nécessairement affectés aux charges dont il était la source. Comme on l'a très bien dit, « la loi avait solidarisé la dot et la donation *propter nuptias* comme deux apports, l'un de la femme, l'autre du mari, en une sorte de dation en mariage (1). » Nous ne contestons pas ce résultat; mais s'il pouvait être directement visé par les parties, il n'était pas voulu par la loi.

Comment peut-on prétendre que la donation *propter nuptias*, sous sa dernière forme, était la dot du mari ; qu'elle lui était fournie par des tiers pour l'aider à supporter les charges du mariage ; qu'elle était de sa part, quand il la constituait lui-même, la détermination de

(1) Sirey, 1887, I, 97, note de M. Labbé.

certaines valeurs qu'il affectait plus spécialement aux charges du mariage dont il était tenu sur toute sa fortune (1) ? Parlera-t-on de l'inaliénabilité qui frappait les immeubles compris dans la donation ? C'est là mal comprendre l'inaliénabilité dotale telle qu'elle existait en droit romain. C'était une garantie assurée à la femme et non à la famille ; elle ne tendait pas à la conservation de certains biens, afin que leurs revenus pussent fournir des ressources à la famille. Cette idée est toute moderne ; il semble qu'on l'ait imaginée pour justifier l'inaliénabilité, que l'intérêt de la femme ne suffit plus guère à expliquer, puisque les périls que court sa dot sous le régime dotal, sont à peu près les mêmes que ceux auxquels elle est exposée sous nos autres régimes. A Rome, l'inaliénabilité avait uniquement pour but d'assurer à la femme la reprise de sa dot ; elle avait donc uniquement pour but de lui garantir la conservation des biens du mari, sur lesquels elle avait un droit éventuel de survie. A cet égard, il apparaît donc bien que la donation *propter nuptias*, bien qu'elle produisît des effets au cours du mariage, avait été faite uniquement en vue de sa dissolution.

On refuse d'admettre que cette donation eût uniquement pour but de servir d'assiette au droit éventuel de la femme. On prétend qu'il aurait suffi que le mari reçût ou rendît indisponible dans sa fortune, des valeurs égales à la quote-part de la dot qu'il devait garder en cas de survie. Sans doute, le procédé qui fut adopté pour garantir le droit de la femme dépassait ce qui était nécessaire ; il n'aurait pas été inventé de toutes pièces. Mais on utilisa une institution existante qui s'était trou-

(1) Godet, *La Donation « propter nuptias, »* p. 53 et suiv. (Thèse de doct., Paris, 1867.)

vée perdre sa destination première, quand la dot fut dans tous les cas restituable à la femme. La transition fut très bien ménagée. Quand la femme stipulait la restitution de sa dot, elle perdait toute chance d'obtenir la donation ; celle-ci, cependant, dont l'utilité demeurait entière quand une stipulation de restitution n'était pas intervenue, fut encore employée en présence de telles stipulations, pour servir d'assiette à un droit de survie au profit de la femme, comme la dot était l'objet d'un semblable droit au profit du mari. Que si la convention n'attribuait aucun avantage à la femme, il est bien probable qu'alors la donation n'avait pas lieu, puisqu'elle n'avait pas sa raison d'être : on sait qu'à l'origine, la réciprocité de ces avantages n'était pas obligatoire. Il faut reconnaître, toutefois, que Justinien semble exiger dans tous les cas qu'il soit fait une donation égale à la dot, même quand les époux ne se seraient assuré aucun avantage réciproque ; mais on peut en conclure seulement que ces avantages étaient d'une pratique constante.

Mais, pratiquement, voici surtout ce que nous entendons dire en affirmant que la donation *propter nuptias*, qu'on peut exactement qualifier de contre-dot, n'était pas la dot du mari : c'est que, en admettant même qu'il en résultât une affectation de certains biens aux charges du mariage, la considération de ces charges ne donnait à aucun degré le caractère onéreux à l'acquisition des époux. Quant à la femme, c'est indéniable, le droit conditionnel qui lui appartenait sur les biens compris dans la donation lui était acquis à titre purement gratuit ; aussi, si l'on peut remarquer très justement qu'en droit romain, la femme avait sur les biens du mari des droits correspondant à ceux dont le mari était investi sur les biens de la femme, il faut reconnaître qu'à certains

égards, et spécialement au point de vue de l'action paulienne, leur situation était différente. La donation *propter nuptias* ayant été fournie par un insolvable au nom d'un mari de mauvaise foi, la bonne foi de la femme qui a des droits sur les biens donnés est impuissante à écarter l'action paulienne, puisqu'elle est acquéreur à titre gratuit.

C'est également à titre gratuit que le mari acquiert des droits sur les biens compris dans la donation *propter nuptias* fournie par un tiers : ce tiers lui a uniquement donné des biens, pour qu'il fût à même de procurer à la femme un avantage analogue à celui qu'il a reçu d'elle. On peut dire en pareil cas que le mari est doté en ce sens que, sur ses biens, sont venus s'asseoir, au profit de la femme, certains droits correspondant à ceux qu'il acquiert lui-même sur la dot de celle-ci (1). Mais on ne peut dire qu'il est doté, en ce sens que certains biens lui sont procurés par un tiers en vue des charges du mariage (2). Nous sommes donc bien loin de la dot du mari, telle que le droit français la comprend.

(1) Encore les droits acquis à la femme n'équivalent-ils pas aux droits conférés au mari sur la dot pendant le mariage, mais à ceux-là seulement qu'il conservera après le mariage dissous.

(2) Encore moins faudrait-il dire que le mari qui fournit de ses propres biens la donation *propter nuptias* fait un acte analogue à celui de la femme qui se dote de *suo*.



ANCIEN DROIT

La constitution de dot nous est apparue, à l'origine du droit romain, comme l'attribution au mari, par la femme ou par un tiers en son nom, de certains biens destinés à l'acquittement des charges du mariage.

La dot ne pouvait provenir que de la femme; elle ne pouvait l'adresser qu'au mari. D'après la terminologie romaine, la personne dotée n'était pas celle à qui la dot était constituée : c'était au mari que la dot était constituée, et l'on disait de la femme qu'elle était dotée, par cela seul que sa fortune personnelle ou la générosité d'un tiers lui avaient permis d'apporter une dot au mari.

Les droits du mari sur les biens dotaux furent d'abord exclusifs et définitifs ; plus tard, la femme fut appelée, à la dissolution du mariage, à recueillir la dot qu'elle avait fournie ou qu'un tiers avait constituée en son nom. Le mari, propriétaire de la dot, en était en même temps débiteur; peut-être même Justinien le réduisit-il à la simple jouissance des biens dotaux, pour en reconnaître la propriété à la femme. Aussi, quand la dot provenait d'un tiers, être dotée, pour la femme, n'était plus seulement avoir apporté des biens au mari; c'était aussi avoir reçu une libéralité du constituant de la dot. Cette

donation du constituant à la femme, qui n'avait pas sa place dans la législation primitive, prit de jour en jour plus d'importance, et devint sinon le but principal, du moins le résultat le plus apparent de la consitution de dot.

Que fallait-il pour que la dot ainsi transformée devînt ce qu'elle est dans notre droit, une donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage? Bien peu de chose, semble-t-il. A raison des charges du mariage dont elle était la compensation, l'acquisition réalisée par le mari empruntait quelques-uns des effets des actes à titre onéreux : or la dot, dans le dernier état du droit romain, s'adresse principalement à la femme; et comme des réformes successives l'ont mise à même de supporter les charges du mariage, rien, en apparence, n'empêche de dire : l'acquisition de la femme, correspondant aux charges du mariage, participera des effets d'une acquisition à titre onéreux. Par contre, la donation faite au mari, à l'occasion de son mariage, par un tiers qui n'entendait pas constituer une dot au nom de la femme, cette donation, jusque-là traitée comme une libéralité ordinaire, empruntera quelques effets des actes à titre onéreux. Nous serions ainsi en présence de la constitution de dot du droit français.

Pourquoi ce résultat n'a-t-il jamais été atteint en droit romain? Pourquoi l'acquisition de la femme a-t-elle toujours été purement gratuite, et pourquoi nous sommes-nous refusé à voir dans la donation *propter nuptias* la dot du mari? C'est que, si la libéralité faite par le constituant à la femme devint l'effet le plus apparent de la constiution de dot, jamais l'effet qui, à l'origine, y était exclusivement visé, ne fut complètement effacé. La constitution de dot émanant d'un tiers demeura toujours, de son essence, l'acte par lequel ce tiers, au nom

de la femme, conférait certains droits au mari : droits bien secondaires, qui pâlissent singulièrement à côté de la propriété acquise à la femme, si toutefois le mari fut jamais réduit à une simple jouissance; tel était cependant le but principal de la constitution de dot. Le tiers constituant se proposait de conférer au mari les mêmes droits que la femme lui transférait sur ses biens personnels; pour le mari, la constitution de dot émanant d'un tiers et la constitution de dot émanant de la femme étaient identiques : c'était le même acte.

Pour que la constitution de dot, quand un tiers y procédait, cessât d'être l'apport de la femme au mari, il fallait que la libéralité faite par ce tiers à la femme et l'attribution de certains droits au mari fussent le résultat de deux actes distincts.

Ainsi en est-il en droit moderne. Le tiers qui dote la femme, ne traite qu'avec elle. Mais la femme, par une opération distincte de la précédente, confère au mari certains droits sur l'ensemble de la fortune, y compris les biens dont un tiers vient de lui faire donation.

L'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari aurait pu être seul considéré comme original et d'une nature à part; la libéralité faite par un tiers à la femme, en vue qu'elle se dotât, n'eût été qu'une donation ordinaire. Il n'en fut pas ainsi. On a attaché à la donation faite à la femme les effets d'un acte à titre onéreux, qu'entraînait à Rome la constitution de dot, en tant qu'elle s'adressait au mari. N'était-il pas naturel de reconnaître, dans la même mesure, les effets d'un acte à titre onéreux à la donation faite au mari à l'occasion de son mariage? Dès lors, la constitution de dot ne fut plus qu'une donation faite à l'un ou à l'autre époux à l'occasion de son mariage; et cette donation emprunta son caractère particulier, ses effets d'acte à titre onéreux, à

la seule considération des charges du mariage en vue desquelles elle était faite. A Rome, au contraire, la constitution de dot n'était pas seulement caractérisée par sa destination : c'était la contribution aux charges du mariage effectuée par l'époux qui n'avait pas la gestion des intérêts de la famille, entre les mains de celui à qui elle appartenait.

Comment la transformation s'est-elle produite? Si nous interrogeons l'ancien droit, nous voyons qu'en pays coutumiers, et suivant la tradition germanique, ce n'était pas la convention qui investissait le mari de certains droits sur les biens de la femme ; c'était la loi qui, par le seul fait du mariage, les lui conférait de plein droit. L'apport de la femme au mari, en tant qu'acte juridique, n'avait pas sa place ; et du même coup, la constitution de dot faite par un tiers au nom de la femme qui, en droit romain, était exactement copiée sur l'apport de la femme au mari, n'avait pas sa raison d'être. Pour doter une femme, jamais un tiers ne traitait avec son mari ; il lui faisait une donation (1), et les biens donnés, confondus avec sa fortune personnelle, étaient de plein droit soumis aux pouvoirs du mari.

Aussi bien, quand je parle d'une transformation de

(1) Dès lors, *doter* et *constituer une dot* sont devenus des expressions synonymes. La personne dotée est celle à qui la dot est constituée : la femme (ou le mari), à qui une donation est faite à l'occasion de son mariage, est dotée; une dot lui est constituée à elle-même, et non pas au mari, puisque le donateur, le constituant, ne traite pas avec lui. Pour exprimer que la femme apporte certains biens, confère certains droits à son mari, on dit encore indifféremment qu'elle se dote ou qu'elle se constitue une dot. Il serait plus logique, en pareil cas, de dire, comme en droit romain, qu'elle constitue une dot au mari. Il ne faut pas oublier que l'expression de constitution de dot répond aujourd'hui à deux idées différentes : si l'on doit dire qu'une dot est constituée à la femme à qui une donation est adressée, on ne peut pas dire que la femme se constitue à elle-même une dot quand elle transporte certains droits à son mari.

la constitution de dot, l'expression n'est-elle pas pleinement exacte. Il ne faudrait pas croire qu'il s'opéra, dans notre ancien droit, une fusion du droit romain et du droit germanique : la constitution de dot, telle que nous la comprenons aujourd'hui, n'était déjà qu'une donation faite à la femme dans le droit de l'époque barbare ; dès cette époque, le mari était investi, par le seul fait du mariage, de droits et de pouvoirs sur les biens de sa femme. C'est ainsi que la dot fonctionna dans les pays coutumiers, tandis que la dot romaine continuait à être usitée dans les pays de droit écrit. Il y avait là deux institutions très différentes qui se suffisaient à elles-mêmes et n'avaient pas besoin de se fondre ni de se transformer. S'il y a eu fusion, c'est uniquement au point de vue suivant : on a transporté à la constitution de dot du droit coutumier, à la donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage, certains effets des actes à titre onéreux que le droit romain attachait à l'acte par lequel se réalisait l'apport de la femme au mari.

C'est la constitution de dot du droit coutumier qui a passé dans notre droit ; il serait inexact de dire que c'est la constitution de dot du droit romain qui y est usitée, avec des transformations.

La donation faite par un tiers à un futur époux, et l'acte par lequel la femme confère certains droits à son mari, sont, dans notre droit, profondément différents. Cependant, la pratique et la loi leur donnent à tous deux le nom de constitution de dot. C'est la donation adressée par un tiers au mari ou à la femme qui fera l'ojet principal de notre étude ; nous ne pouvons cependant laisser de côté l'acte qui réalise l'apport de la femme au mari : c'est lui, en effet, que nous avons étudié en droit romain sous le nom de constitution de dot, alors qu'il

était juridiquement identique à la donation provenant d'un tiers. Il y a plus : en supposant que la donation faite par un tiers s'adresse à la femme, il n'est possible d'en déterminer la nature et les effets qu'en sachant à quel titre et dans quelle mesure le mari acquiert des droits sur les biens constitués en dot, et de qui exactement il les tient. Notre étude principale et d'ensemble de l'ancien droit aura surtout pour objet la constitution de dot considérée comme apport de la femme au mari.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET NATURE DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DE LA FEMME

Tandis qu'à Rome, le mari n'acquérait sur la fortune de sa femme d'autres droits que ceux qu'il tenait de la convention, notre ancien droit, partant d'un principe tout opposé, investissait le mari de pouvoirs étendus sur l'ensemble des biens de la femme. Cette règle a sa source en droit germanique; elle se retrouve dans les lois barbares. Suivons-en l'application aux différentes époques.

I

La femme, en droit gemanique, était placée sous la puissance de son mari, sous le *mundium*, au point de vue de sa personne et de ses biens ; mais il est à croire qu'à l'origine, le *mundium* s'appliquait uniquement à sa personne, faute qu'elle eût des biens sur lesquels pût s'étendre le pouvoir du mari. En effet, à une époque reculée, les Germains achetaient leurs femmes ; et au temps où Tacite nous décrit leurs usages, le don fait par le mari à sa femme, la dot germanique, est encore l'acte

le plus notable qu'on puisse signaler à propos des rapports pécuniaires entre les époux. Il est permis d'y voir un reste de la coutume barbare suivant laquelle le mari achetait la femme à ses parents, ou, tout au moins, obtenait d'eux la cession du *mundium* dont il allait être investi ; vestige bien effacé, sans doute, puisque c'était la femme elle-même qui recueillait ce prix. Tacite nous apprend que la femme, en retour, faisait à son mari un présent de peu d'importance, qui consistait en armes : *Ipsa invicem armorum aliquid viro adfert* (1). Il n'y avait rien là qui ressemblât à un règlement de rapports pécuniaires entre les époux ; et Tacite se contente de prêter un sens symbolique aux donations réciproques qu'ils s'adressaient : il y voit un moyen d'avertir la femme qu'elle devra partager la vie de périls et d'aventures de son mari.

On en est réduit pour cette époque reculée à des renseignements très insuffisants, et l'on ne peut dire si la femme germaine avait des biens auxquels s'appliquât le pouvoir du mari.

Les lois barbares, au contraire, nous fournissent les traits essentiels du régime des biens entre les époux. Le don du mari à la femme, que Tacite avait appelé *dos*, et auquel le nom en devait rester, était usité chez les barbares qui envahirent la Gaule, comme chez les Germains : quelques indices tirés des lois barbares permettent d'y voir avec certitude un reste du prix que payait le mari pour acquérir la femme, ou au moins le *mundium* (2).

Mais surtout nous apercevons assez clairement, à l'é-

(1) Tacite, *De Mor. German.*, XVIII.

(2) A côté de la *dos*, les lois barbares nous signalent le ***morgengabe***; c'était un don que le mari faisait à la femme le lendemain des noces et qui était le prix de sa virginité.

poque barbare, quels biens la femme apportait dans la famille de son mari ; c'est là, dans la question des rapports pécuniaires entre les époux, le seul point qui nous intéresse directement. La femme, en se mariant, pouvait d'abord avoir une fortune personnelle ; en outre, elle pouvait, à l'occasion de son mariage, recevoir de ses proches, et particulièrement de son père ou de son frère, certains biens qui formaient le *faderfium*. Primitivement, la femme mariée perdait tout droit à la succession de ses proches : le *faderfium* lui en tenait lieu ; mais plus tard, le mariage ne la priva plus de l'*hereditas parentum* (1).

Ainsi, les biens que la femme barbare apportait dans la famille de son mari pouvaient lui provenir de sources multiples. A l'origine, elle devait être exclue de la propriété des immeubles qui lui fut plus tard accessible ; le *faderfium* qui, d'abord, était uniquement composé de meubles, et principalement de troupeaux, comprit, avec le temps, des terres et même des villes.

Sur tous les biens de la femme, meubles ou immeubles, sur ceux qu'elle avait en se mariant et ceux qui lui advenaient par la suite, le mari avait des droits qui ne lui étaient pas conférés par la convention, mais qui avaient leur source dans le *mundium*. Le *mundium* a été assez exactement comparé à la tutelle perpétuelle des femmes : il s'appliquait à l'origine à toute femme, qu'elle fût fille, mariée ou veuve. La fille était sous le *mundium* de son père ou de son plus proche parent ; femme, elle passait sous le *mundium* de son mari ; veuve, elle demeurait sous la puissance des parents du mari prédecédé. Mais, quand il s'appliquait à une femme

(1) MARCULFE, *Form.*, II, nos 7 et 10. Les formules de Marculfe datent du milieu ou, plus vraisemblablement, de la fin du VIIe siècle.

mariée, le *mundium* ne peut-il pas, assez justement, être rapproché de la *manus ?* Sans doute, il appartenait nécessairement au mari germain, car il était la conséquence forcée du mariage, tandis que la *manus* n'existait qu'à certaines conditions. Toutefois, si l'on se reporte à l'époque reculée où, d'après une opinion très autorisée (1), les modes d'établissement de la *manus* étaient les seules formes de contracter mariage, on conviendra que l'analogie est sérieuse.

Comme le *manus*, le *mundium* conférait au mari, indépendamment de toute convention, des pouvoirs étendus sur la personne et sur l'ensemble des biens de la femme. Mais, à la différence de la *manus*, il n'absorbait pas la fortune de la femme dans le patrimoine du mari. Ce dernier ne devenait pas propriétaire des biens de la femme ; les droits dont il était investi par le fait même du mariage peuvent être comparés à ceux qui lui sont conventionnellement conférés, dans notre droit, quand les époux adoptent le régime d'exclusion de communauté. Le mari était donc réduit à l'administration et à la jouissance des biens de la femme ; celle-ci en conservait la propriété et les reprenait à la dissolution du mariage (2). Il faut reconnaître, toutefois, que, sur les meubles, les pouvoirs du mari devaient être à peu

(1) Esmein, *De la manus, de la paternité et du divorce.* (Rev. gén. de dr., tome VII, 1883, p. 1.)

(2) M. Ginoulhiac, se fondant sur des textes des lois lombardes (L. Luitprandi, l. 2, c. 1, lib. VIII), attribue au mari, à titre de succession, tout ou partie des meubles de sa femme prédécédée. A supposer que ce droit existât, il serait la preuve que le mari n'était pas propriétaire des meubles de la femme, et que celle-ci les reprenait au moins quand elle survivait. Il faut avouer que les formules de Marculfe permettent de révoquer en doute ce droit de succession : elles nous apprennent que les époux se faisaient des donations réciproques à titre de gain de survie. *(Form.*, I, 12 ; II, 7.) De la femme au mari, une telle donation ne se serait pas comprise, si le mari avait déjà ces droits, à titre de succession, aux biens de sa femme prédécédée.

près illimités ; leur conservation et leur restitution n'étaient pas assurées à la femme ; tandis que l'aliénation des immeubles n'était possible que de son consentement, et avec l'assentiment de deux ou trois de ses parents.

Le principe était donc, dans le droit de l'époque barbare, que la femme reprenait tous ses biens, meubles et immeubles, auxquels s'était appliqué le *mundium* du mari. Elle recueillait en même temps les biens qui lui avaient été donnés au moment du mariage, à titre de dot ou de *morgengabe*, et sur lesquels s'étaient étendus les pouvoirs du mari : ces deux libéralités devaient d'ailleurs se fondre à une époque ultérieure, pour ne plus former qu'un gain de survie, le douaire. La femme reprenant tous les biens dont elle était propriétaire au moment du mariage et tous ceux qui lui étaient échus depuis, son apport au mari se réduisait à la jouissance de sa fortune pendant la durée du mariage. Encore se pouvait-il que la femme recueillît une portion des fruits et des revenus qu'avaient rapportés ses biens pendant le mariage. En effet, quand elle n'avait pas reçu de dot en se mariant, quand le mari ne lui avait pas fait le don imposé par l'usage, certaines lois barbares lui attribuaient une *dos legitima;* en particulier, la loi ripuaire (XXXVII, 2) lui permettait de recueillir, à la dissolution du mariage, outre cinquante solides, le tiers de la *conlaboratio,* lorsqu'elle survivait à son mari (1). Or, la *conlaboratio,* c'était l'ensemble des acquisitions provenant de l'industrie des époux et des économies réalisées sur les revenus de leurs biens. La pratique étendit et généralisa ce simple droit de survie

(1) « Si virum supervixerit... tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare. »

que la loi accordait à la femme pour lui tenir lieu de la dot qu'elle n'avait pas reçue : de véritables conventions matrimoniales assuraient dans tous les cas à la femme une quote-part des *comparata*, de la *conlaboratio*. En présence de semblables conventions, la femme pouvait toujours prétendre à une part des acquisitions faites en commun, qu'elle eût ou non reçu une dot [1] ; et quand elle prédécédait, ses héritiers y avaient droit.

II

Si de l'époque barbare nous passons à la période du droit coutumier, nous constatons que les droits du mari sur les biens de la femme dérivent toujours de la même source qu'en droit germanique : ils sont la conséquence du mariage lui-même et de la puissance maritale. Je n'ai pas à décrire la transformation profonde que subit le *mundium* germanique; à montrer comment, après s'être appliqué à toutes les femmes, qu'elles fussent filles, mariées ou veuves, il tomba en désuétude et ne fut maintenu qu'à l'égard des femmes mariées ; de tutelle générale des femmes, il devint la puissance maritale. Il suffit d'indiquer que le mot même de *mundium* n'est plus usité en droit coutumier : on dit de la femme qu'elle est *in mundeburnio* de son mari; le mari est *mainburnissière* ou *mainbour* de sa femme. Dans des documents et des ouvrages très rapprochés de nous, le mari est qualifié de *bail* ou *baillistre* de sa femme :

(1) Ce n'était pas la dot, mais le *morgengabe*, que la femme ne pouvait pas recueillir en même temps qu'une portion des *comparata;* mais il est certain que ce cumul fut possible quand la dot et le *morgengabe* furent confondus et formèrent le douaire.

cette expression s'introduisit par rapprochement de la situation de la femme et de celle des mineurs ou sous-âgés, dont les biens, en cas de garde-noble ou de garde-bourgeoise, étaient en bail, étaient entre les mains d'un baillistre ou gardien : ainsi les biens de la femme étaient entre les mains du mari. La plupart des textes qui emploient ces expressions ont pour but d'astreindre le mari au paiement du relief, à raison de la jouissance des fiefs de la femme, que le mariage lui a conférée. C'est ainsi que nous lisons au livre II, chap. 27 du grand Coutumier : « Si je donne à ma fille un fief en mariage, comme pour don de noce, son mari devra rachat, parce qu'en ce cas, il a le bail de sa femme. »

Si les droits du mari, en droit coutumier comme en droit germanique, dérivent toujours du mariage et s'expliquent par l'idée de la puissance maritale, ils sont sensiblement différents de ce qu'ils étaient dans la période précédente. La communauté s'était en effet introduite ; elle existait sans aucun doute dans la seconde moitié du XIIIe siècle, car Beaumanoir nous en signale les traits essentiels. Nous pouvons affirmer que la communauté exista du jour où la femme eut, sur les bénéfices réalisés par le mari, non plus un simple gain de survie, non plus même un droit qu'elle tenait de la convention, mais un droit de copropriété dont elle était en tous cas investie par la loi.

La question principale qui se pose à propos des origines de la communauté est celle de savoir comment naquit le droit de copropriété de la femme sur les biens qui furent qualifiés de communs, qui furent entre les époux l'objet d'une compagnie. On admet que ce droit a sa source dans l'attribution à la femme, à titre de gain de survie, du tiers de la *conlaboratio*. C'est l'opinion à laquelle nous nous rangeons sans discussion.

Mais la question des origines de la communauté soulève une difficulté particulière qui nous intéresse d'assez près. Si la communauté n'avait compris d'autres biens que ceux qui formaient autrefois la *conlaboratio*, le *comparatum*, les pouvoirs du mari sur la fortune de sa femme n'auraient pas été modifiés ; mais la femme, au lieu d'un gain de survie, aurait été investie par la loi de la copropriété même des biens compris dans le *comparatum*. Or, avons-nous vu, à l'époque barbare, la femme reprenait tous ses biens, meubles et immeubles, à la dissolution du mariage ; le *comparatum* était donc uniquement le produit de l'industrie des époux et des économies réalisées sur les revenus de leurs biens. La communauté au contraire, l'ensemble des biens dont la femme était copropriétaire, comprenait les meubles des deux époux. La substitution du régime de communauté au régime germanique primitif ne consiste donc pas seulement en une transformation de la nature du droit de la femme ; elle consiste en outre en ce que la femme, qui restait propriétaire exclusive de ses meubles, les perd désormais, ou du moins les verse dans le fonds commun. Comment expliquer ce résultat ?

Laurière semble admettre que déjà à l'époque barbare, les meubles de la femme entraient dans la composition du *comparatum*. On sait comment il rend compte de l'origine de la communauté : elle a sa raison d'être dans les pouvoirs du mari sur les biens de la femme (1) ;

(1) L'explication qu'a donnée Laurière des origines de la communauté n'est pas si absurde qu'on le prétend d'ordinaire. Il la fait dériver de l'attribution à la femme par la loi ripuaire de la *tertia pars conlaborationis*, et cette explication est celle qui a le plus de crédit aujourd'hui. Mais comment raisonne-t-il ? La *tertia pars conlaborationis* fut accordée à la femme en compensation des pouvoirs que le mari acquérait sur ses biens. Cette assertion est encore très acceptable. Mais il ajoute que la puissance du mari sur les biens de sa femme existait déjà à Rome,

elle a été créée au profit de celle-ci, comme compensation des droits que la puissance maritale faisait acquérir au mari sur ses biens, « pour la dédommager de la perte des fruits de ses héritages (1). » C'est bien dans l'attribution à la femme de la *tertia pars conlaborationis* que Laurière voit l'origine de la communauté : Les femmes, nous dit-il, succédèrent au tiers des conquêts, « parce que ces conquêts provenaient en partie de leur travail, et quelquefois des biens qu'elles possédaient en se mariant, ou qui leur étaient échus depuis le mariage (2). Ainsi, d'après Laurière, la femme contribuait à la formation du *comparatum*, d'abord par les fruits de ses héritages, et, en outre, par sa fortune mobilière ; dans cette opinion, on s'explique que les meubles des époux fassent partie de la communauté, puisqu'ils faisaient déjà partie du *comparatum*. Mais c'est justement ce dernier point que je conteste ; à cet égard, Laurière fait assurément erreur.

M. Viollet rend compte tout autrement de la composition de la communauté (3). Il met à la base de la communauté entre époux l'hypothèse d'une femme sans dot et sans droits successoraux. Le droit à la *tertia pars conlaborationis*, qui devint pour la femme une copropriété, était, à l'origine, l'attribution qui lui était faite d'une certaine quotité de la fortune totale, ou de quelques-uns des biens du mari. La femme, par hypothèse, n'apportant rien en mariage, ne pouvait assurément

et il en conclut que la communauté dérive du droit romain. C'est là son erreur ! Jamais le droit romain n'a établi entre les époux une société analogue à notre communauté ; et le pouvoir du mari germain sur les biens de sa femme, le *mundium,* ne se rattache de près ni de loin à la *manus* du droit romain.

(1) Laurière, *Cout. de Paris,* art. 224.

(2) Laurière, *Glossaire du dr. fr.*, Comm. de biens.

(3) *Précis de l'histoire du dr. fr.*, p. 661 et suiv.

9

recueillir, le mariage dissous, que des biens du mari.

Cela posé, dans les coutumes et lois barbares où la femme recueillait le quart, le tiers ou la moitié de la fortune du mari, c'est la communauté universelle qui s'établit. Le jour où elle eut une dot, où elle ne fut plus exclue des successions, l'équité exigeait qu'il se formât, entre les époux, une compagnie, une société dans laquelle tomberaient tous les biens de la femme, afin que, sur toute la fortune de celle-ci, le mari acquît des droits correspondant à ceux qu'elle acquérait sur la fortune du mari.

Dans d'autres coutumes, au contraire, le droit de survie de la femme ne porta pas sur l'intégralité des biens du mari. Sur ses immeubles, portait le douaire de la femme dont le gain de survie était restreint aux autres biens du mari, aux meubles. Quand elle eut une dot et des droits successoraux, la compagnie qui se forma comprit, de son chef, les mêmes biens qui, dans la fortune du mari, servaient d'assiette à son gain de survie. Telle fut l'origine du régime qu'on désigne aujourd'hui sous le nom de communauté légale.

L'explication que donne M. Viollet de la formation et de la composition de la communauté est absolument inverse de celle que Laurière a produite. Laurière explique la participation de la femme au *comparatum* par l'idée qu'elle contribuait à sa formation ; M. Viollet, par cette idée que, recueillant une part du *comparatum,* il était légitime qu'elle y comprît les mêmes biens que le mari y faisait tomber. Mais l'hypothèse sur laquelle il appuie son système ne me paraît pas suffisamment justifiée. Il est probable qu'à une époque très reculée, la femme entrait les mains vides dans la famille du mari ; mais le *faderfium* est assurément antérieur à l'admission, par certaines lois barbares, d'un droit de survie à

son profit ; dès lors, jamais son droit de survie ne porta exclusivement sur la fortune du mari, mais sur une masse de biens qu'elle avait contribué à former par un apport en jouissance. L'explication donnée par Laurière me paraît, en définitive, plus près de la vérité : la femme prenait une part du *comparatum* dans lequel elle avait versé, non pas ses meubles, mais au moins les fruits de ses héritages (1). Comment expliquer alors que la communauté ait compris les meubles des époux ? On peut rappeler que si la femme barbare avait le droit de reprendre les meubles qu'elle avait apportés, la restitution ne lui en était pas garantie ; sur les meubles de la femme, les pouvoirs du mari étaient sans doute illimités ; bien qu'ils ne fussent pas acquis au mari, ils étaient confondus avec le reste de sa fortune. Quand un fonds commun fut créé entre les époux, il était donc naturel d'y comprendre leur fortune mobilière.

Quand la communauté se fut introduite, les biens demeurés propres à la femme, comme les biens communs, furent soumis aux pouvoirs dont le mari était investi par le fait du mariage. Sur les biens communs, ils étaient sensiblement différents, suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles ; à l'époque de Beaumanoir, les conquêts étaient, pour ainsi parler, entre les époux, l'objet d'une copropriété distincte de celle des autres biens communs. Des biens demeurés propres à la femme, qui ne pouvaient guère être que des immeubles, le mari n'avait, comme dans le droit antérieur, que l'administration et la jouissance ; il n'en pouvait disposer que du consentement de celle-ci (2).

(1) Il ne faut pas oublier toutefois que, dans la loi ripuaire, la *tertia pars conlaborationis* était destinée à tenir lieu à la femme de *dos legitima*.

(2) Beaumanoir, XXI, 2 *in fine ;* Loysel, *Inst. cout.*, l. I, t. II, nos 16 et 17.

Les droits du mari dérivant du mariage, de la puissance maritale, la raison ne conçoit pas dès lors que la fortune de la femme ait pu avoir un sort différent de celui auquel le mariage la soumettait nécessairement. Tout au plus aurait-on pu comprendre que la convention conférât au mari des droits qu'il n'avait pas : il était inadmissible qu'elle lui retirât des droits inhérents à la puissance maritale. Et, en effet, la communauté était seule pratiquée à l'origine ; ses règles et sa composition pouvaient varier suivant les pays, mais dans chaque pays il fallait l'adopter telle que la coutume la réglementait. Qu'on interroge Beaumanoir (1), Desfontaines et l'auteur inconnu des Etablissements de saint Louis, jamais on ne verra les époux substituer à la communauté un régime différent. Nous rencontrons bien à l'époque où ils écrivaient, et même auparavant, depuis le xe siècle, des chartes, des *libelli dotis*, de véritables contrats de *mariage ;* mais ils contiennent des renonciations à succession, des donations faites à la femme, ou des conventions qui portent règlement du douaire. A cela se réduisait alors la liberté des conventions matrimoniales : la communauté n'était jamais écartée ni modifiée.

Il est à croire que les époux ne tardèrent pas à régler autrement leurs rapports pécuniaires. Si la raison et les principes imposaient le régime de communauté, on ne rencontrait dans la législation positive aucune défense de s'en affranchir (2); et les époux durent de

(1) « Si tost comme mariage est fes, nous dit Beaumanoir (XXI, 2), li biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage, li hons en est mainburnissière. »

(2) « Convenances vainquent loi, » nous dit Loysel (l. III, t. I, n° 1), et Laurière en donne cet exemple, que les époux pouvaient stipuler le régime d'exclusion de communauté, malgré l'article de la Coutume de Paris, qui déclare que les époux seront communs.

bonne heure s'y soustraire, quoique ce fût une atteinte portée à la puissance maritale qui, de sa nature, n'est pas dans le domaine des conventions.

Les clauses qui modifiaient le régime de communauté sans l'exclure doivent avoir été appliquées les premières; elles modifiaient la communauté sans supprimer le fonds commun, et surtout sans en changer le gouvernement ni toucher aux pouvoirs du mari sur les propres de sa femme : on n'apercevait même pas qu'en donnant une part à la convention dans la détermination des biens qui tombaient en communauté, on méconnaissait le principe suivant lequel les pouvoirs du mari dérivaient du mariage.

Mais quand on put aller jusqu'à exclure la communauté, jusqu'à réserver à la femme, par une clause de séparation de biens, l'administration et la jouissance de sa fortune, ne fallut-il pas se rendre à l'évidence et reconnaître que le principe emprunté au droit germanique n'avait plus d'application ni de raison d'être? L'exclusion de communauté était encore admissible; la pratique de ce régime n'était qu'un retour inconscient au régime des biens entre époux, tel que le droit germanique l'organisait avant la formation de la communauté (1). Au fond, l'idée coutumière était respectée : le mari demeurait bail de sa femme, quoique avec de moindres pouvoirs et des droits plus restreints.

Quant au régime de séparation de biens, l'admission en est inexplicable en raison; historiquement, il est

(1) On pourrait prétendre que le régime germanique primitif fut supplanté, mais non supprimé par la communauté, et qu'il se maintint toujours à titre secondaire. J'estime que le régime germanique disparut quand la communauté s'introduisit, et qu'il reparut plus tard, à cause de ses avantages particuliers, sans que, dans la pratique, on eût conscience de revenir à une institution tombée en désuétude.

presque impossible d'en rendre compte, mais assurément elle ne peut remonter bien haut. Quand on voit, au Code civil, les trois régimes d'origine coutumière réunis dans un même chapitre et opposés au régime romain, on peut croire qu'ils répondaient, dans l'ancien droit, à une idée commune : en réalité, la séparation de biens est la négation du système barbare auquel la communauté et le régime exclusif de communauté se rattachent plus ou moins étroitement. C'est bien plutôt une origine romaine qu'il faudrait lui reconnaître : la séparation de biens judiciaire aurait été empruntée au droit romain, qui admettait la reprise anticipée de la dot quand le mari *vergit ad inopiam*. La séparation judiciaire conduisit naturellement à la séparation conventionnelle.

M. Viollet fait remonter la séparation judiciaire à une époque très reculée (XIIe siècle) et admet que la séparation conventionnelle était pratiquée dans la seconde moitié du XIVe siècle (1). Les documents qu'il invoque ne me semblent pas très probants : le plus sage est de n'admettre la séparation qu'à l'époque où nous en trouvons des traces certaines. Or, il est parlé de *femme séparée de son mari* dans les anciennes coutumes (2); leurs textes n'ont assurément pas trait à une séparation de corps, mais ils ne se réfèrent le plus souvent qu'à une simple séparation judiciaire, comme l'attestent les mots *séparée de biens par effet,* qui marquent que la séparation doit être non seulement prononcée, mais effectuée. Ce sont les termes dont se servent encore presque

(1) Cf. GIDE, *De la cond. de la femme,* p. 207 et note.

(2) Cout. de Paris, art. 106 et 114; cout. d'Orléans, art. 171. Cf., art. 6, ch. VIII. Cout. de Lorris-Montargis, qui parle en termes exprès de femme *séparée de son mari quant aux biens.* — L'expression même de séparation de biens ne se rencontre pas dans les coutumes.

toutes les coutumes dans leur nouvelle rédaction, notamment celle d'Orléans, ce qui prouve qu'en 1583 la séparation judiciaire était presque seule pratiquée.

En plaçant l'admission de la séparation à une époque tardive, et en admettant que la séparation judiciaire apparut la première, on peut vraisemblablement la faire dériver du droit romain. Cette assertion est d'autant plus acceptable que le régime des biens d'une femme séparée était, à l'origine, exactement celui des paraphernaux de la femme romaine. Elle reprenait ou conservait sur ses biens l'intégralité de ses droits et n'était entravée dans leur exercice par aucune incapacité.

C'est ici le lieu de mettre en lumière une idée que nos anciens auteurs ne me semblent pas avoir entrevue. La détermination des droits que la femme conserve sur ses biens et des droits qui sont à leur égard dévolus au mari met en jeu une double question. La femme, par le fait seul du mariage, est dépouillée d'une partie de ses droits, qui sont conférés au mari en qualité de mainbour, de baillistre. On ne peut dire de la femme qu'elle est incapable de les exercer : là où il n'y a pas de droits, il ne peut être question d'incapacité. Quand la femme, avec l'autorisation du mari, fait un acte relativement à un bien qui ne lui appartient pas ou exerce un droit qu'elle a perdu, il ne faut pas hésiter à voir dans cette prétendue autorisation un véritable mandat qui lui est donné par le mari. Dès lors, il n'est pas besoin d'observer que l'autorisation de justice ne peut sur ce point remplacer celle du mari. Or, on peut croire que notre ancien droit n'a pas entrevu cette idée, devenue élémentaire en droit moderne; car il lui arrive de la méconnaitre. C'est ainsi que l'article 5, chap. XXIII, de la coutume de Nivernais admet la femme à requérir l'autorité

de justice pour mettre en mouvement les actions possessoires relatives à ses biens, quand le mari néglige de les exercer.

Mais il est des droits que la femme a conservés : c'est à elle seule qu'il appartient d'obliger ses propres et de les aliéner. Mais elle ne peut exercer ses droits qu'avec l'autorisation de son mari, parce qu'elle est incapable.

L'erreur de nos anciens jurisconsultes fut de considérer cette autorisation, que le mari était libre de donner ou de refuser, comme un droit sur les biens de sa femme (1). Voilà pourquoi ils ont si mal compris et si mal réglementé la séparation de biens.

J'ai dit que la séparation, au moment où la pratique s'en introduisit, rendait ou conservait à la femme tous les droits que le mariage lui faisait perdre, et l'affranchissait de l'autorisation maritale dont elle aurait dû avoir besoin pour les exercer (2). Comment pouvait-on justifier un semblable résultat ?

Du Moulin en rendait compte de la manière la plus simple : la puissance maritale, telle qu'il la comprenait, pouvait être amoindrie ou diminuée.

Comme le *mundium* germanique dont elle dérivait, la puissance maritale était instituée dans l'intérêt exclusif du mari. Il en résulta principalement que pendant longtemps, l'autorisation maritale ne put être remplacée par l'autorisation de justice ; et que plus long-

(1) En droit moderne, comme nous le verrons, c'est en vertu de la convention que le mari est investi des droits qu'il avait autrefois comme baillistre. Et quant à son pouvoir d'autoriser la femme à exercer les droits qu'elle a conservés, ce n'est pas une conséquence des pouvoirs du mari sur les biens de celle-ci, pouvoirs dont il serait investi par le fait même du mariage, mais une suite de la puissance maritale sur la personne de la femme.

(2) V. 1re rédaction de la Cout. d'Orléans, art. 171, et Cout. de Lorris-Montargis, ch. VIII, art. 6.

temps encore, le mari seul put invoquer la nullité des actes passés par la femme non autorisée. Or, au XVI[e] siècle, sous l'influence du droit romain, alors très en faveur, et par imitation du Velléien qui frappait les femmes d'incapacité à raison de leur faiblesse, du Moulin entreprit de faire admettre que l'autorisation maritale était exigée en vue de protéger la femme mariée ; son incapacité fut rattachée à l'idée de sa faiblesse. Aussi l'admettait-il à invoquer la nullité des actes qu' elle avait passés sans autorisation ; et l'assistance d'un mari mineur, jusque-là nécessaire, mais suffisante pour habiliter la femme, était-elle considérée comme ne lui procurant plus une garantie suffisante (1). Enfin et surtout, la puissance maritale, qui conférait au mari « la jouissance et la maîtrise de tous les biens du mariage, » put être écartée par la convention (2). La stipulation du régime de séparation supprimait la puissance maritale en tant qu'elle s'appliquait aux biens de la femme ; aucun droit d'administration ni de jouissance n'était plus transporté au mari ; et la nécessité de l'autorisation maritale était également supprimée, puisqu'on n'y voyait qu'un droit sur les biens. La séparation des biens, nous dit du Moulin, *reddit mulierem separatam a potestate viri* (3).

Ainsi, du Moulin, allant à l'encontre d'une idée traditionnelle, fait une place à la convention dans la détermination des droits du mari ; non pas qu'il déclare que le mari tient ses droits de la convention ; c'est toujours par suite du mariage et de la puissance maritale qu'il en est investi. Mais cette puissance n'existant pas à son

(1) Du Moulin, sur l'art. 114 de la Cout. de Paris.

(2) Gide, *Cond. privée de la fem.*, éd. Esmein, p. 396 et suiv.

(3) Note sur l'art. 232 de la Cout. du Bourbonnais. Cf. notes sur l'art. 170 de la même Coutume; sur l'art. 4, tit. 14, de la Cout. d'Auvergne, et l'art. 223 de la Cout. de Reims.

profit, mais étant instituée pour la protection de la femme, peut être amoindrie ou supprimée par la convention; ainsi s'expliquait la pluralité des régimes matrimoniaux.

L'idée que du Moulin avait mise à la base de l'incapacité de la femme et les conséquences qu'il en avait déduites ne trouvèrent aucun crédit (1). Et notamment, nos anciens auteurs soutiennent contre lui, avec une certaine véhémence, que la femme séparée ne se mettait pas hors de la puissance de son mari (2). Comment donc justifiaient-ils la séparation de biens (3)?

Que la femme séparée conservât ou reprît, sur ses biens, tous les droits qui auraient dû, par le fait seul du mariage, être dévolus au mari, c'est un résultat qui ne semble pas avoir embarrassé nos anciens auteurs et sur

(1) Pothier et Le Brun n'admettaient la femme à invoquer la nullité des actes qu'elle avait passés sans autorisation, que parce qu'ils déclaraient la nullité absolue, et Pothier proclamait l'autorisation d'un mari mineur suffisante pour habiliter la femme. On ne peut nier cependant que l'idée de la faiblesse de la femme n'ait continué à avoir quelque influence sur son incapacité. C'est ce qui jette encore tant d'obscurité sur la matière de la puissance maritale.

(2) L'opinion de du Moulin n'a guère été suivie que par Gousset (art. 66 de la Cout. de Chaumont, notes 2 et 7); par Choppin *(De Mor. Paris.*, l. II, t. I, n° 15), et par Le Page, Cout. de Lorris-Montargis, VIII, 6). On dit parfois que cette dernière Coutume, la Cout. locale de Dunoys (art. 58) et la Cout. de Sedan (art. 95 et 97), consacrèrent la théorie de du Moulin. Cette formule est inexacte. Il ne faut pas oublier que du Moulin n'innovait pas, mais qu'il cherchait à justifier un état de choses existant avant lui, et qu'établissait, comme nous l'avons vu, la première rédaction de la Cout. d'Orléans (art. 171).

(3) On peut observer que nos anciens auteurs semblent ne voir dans la séparation de biens qu'une aggravation du régime sans communauté. (LAURIÈRE, *Cout. de Paris,* n° 234; BRODEAU, sur l'art. 37 de la même Coutume; ARGOU, *Instit. au dr. fr.*, l. III, ch. 4.) M. VIOLLET, *(Précis d'hist du dr.*, p. 677) en conclut que les règles de la séparation ne se distinguaient pas nettement à l'origine de celles du régime d'exclusion de communauté. Je n'en crois rien; je pense plutôt que, pour justifier le régime de séparation, nos anciens auteurs l'ont présenté comme une forme du régime sans communauté.

lequel il ne nous fournissent aucune explication. Mais la femme, pour exercer les droits qui lui étaient maintenus, avait-elle besoin de l'autorisation maritale, avait-elle ou non pleine capacité ? C'est sur ce point que les adversaires de du Moulin arrivaient à une conclusion différente de la sienne. Ils faisaient une distinction entre les actes d'administration et de jouissance et les actes de disposition : la femme pouvait procéder seule aux premiers ; quant au droit de disposer, il ne pouvait être exercé par elle qu'avec l'autorisation de son mari. On expliquait la faculté laissée à la femme de procéder seule aux actes d'administration et de jouissance par une autorisation tacite contenue au contrat de mariage [1]. C'était peut-être le seul effet de la séparation dont il n'était pas nécessaire de rendre compte. Sous aucun autre régime, la femme n'avait l'administration ni la jouissance de ses biens ; jamais elle n'avait eu occasion de requérir l'autorisation maritale pour les actes que comporte l'exercice de ces droits ; on aurait donc pu soutenir, puisque l'incapacité de la femme ne s'était jamais manifestée à l'égard des actes d'administration et de jouissance, qu'elle avait virtuellement la capacité d'y procéder.

Quant aux actes de disposition qui, en principe, appartenaient à la femme sous les différents régimes, mais qu'elle ne pouvait faire seule, l'autorisation maritale était aussi requise en cas de séparation. C'est le seul point sur lequel les adversaires de du Moulin arrivaient à une solution différente de celle qu'il avait cherché à justifier. Sur ce point, les effets de la séparation de biens avaient certainement été modifiés, puisqu'à

(1) Argou, *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 4. Bourjon, *Dr. com. de la F.*, t. X, 4e partie, ch. 4, sect. 7.

l'origine, elle conférait à la femme la libre disposition de ses biens. Je crois qu'il faut voir dans cette innovation, dans l'obligation imposée à la femme séparée de requérir l'autorisation maritale, au moins pour l'aliénation de ses immeubles, le résultat de considérations d'utilité pratique : on ne voulut pas que la femme pût se ruiner, surtout quand la séparation de biens, étant l'accessoire d'une séparation de corps ou résultant d'un jugement, était susceptible de prendre fin (1). Mais comme l'autorisation maritale était considérée comme une conséquence des pouvoirs qu'avait le mari sur les biens de sa femme, les adversaires de du Moulin croyaient pouvoir observer avec avantage que la femme séparée n'était pas soustraite, même quant à ses biens, à la puissance maritale. Comment avait-on distingué les droits dont la suppression eût abouti à la ruine des pouvoirs du mari sur les biens de la femme, et ceux dont le maintien était nécessaire et suffisant pour que la puissance maritale subsistât? Cette distinction s'était faite toute seule; la pratique l'avait introduite. L'exigence de l'autorisation maritale pour que la femme pût procéder aux actes les plus graves sembla suffisante pour le respect de l'idée coutumière, suivant laquelle le mari est de plein droit investi de pouvoirs sur les biens de sa femme; on n'aperçut pas que cette idée était méconnue par le seul fait que la femme avait conservé ou recouvré les droits qui auraient dû être dévolus au mari (2).

(1) Laurière, note sur l'art. 234 de la *Cout. de Paris*. Cf. note sur l'art. 199 de la *Cout. d'Orléans*, édit. de 1711.

(2) D'ailleurs, d'après le plus grand nombre de nos anciens auteurs, le droit que la séparation de biens n'enlevait pas au mari était bien fragile. L'idée d'une autorisation générale tacite, contenue au contrat où était stipulée la séparation de biens, dont on se servait pour dispenser la femme de l'autorisation maritale, quand il s'agissait des actes d'ad-

Il reste désormais acquis que, jusqu'à la fin de notre ancien droit, et bien que cette idée fût inconciliable avec la multiplicité des régimes matrimoniaux, le mari tenait du mariage même ses droits sur les biens de la femme. « Comme les maris ont la puissance sur la personne de leur femme, disait Loyseau, ainsi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens (1). » Et Loysel : « Le mari est bail de sa femme (2). » Ce que Laurière commente en ces termes : « C'est plutôt comme bail, gardien ou mainbour que le mari a l'administration des biens de sa femme, que comme chef de la communauté. » Quant aux pouvoirs du mari sur les biens communs, le même auteur les expliquait comme il suit : « De la communauté, le mari est chef en vertu de sa puissance maritale, puissance qui s'étend à la fois sur la personne et sur les biens de la femme (3). »

Mais c'est Pothier qu'il faut interroger pour savoir à quelle idée et à quelle formule notre ancien droit s'est en dernier lieu attaché, pour expliquer les pouvoirs du

ministration et de jouissance, était dangereuse; pour tous les autres actes, et spécialement pour les actes de disposition, pourquoi une autorisation générale expresse donnée par le contrat n'aurait-elle pas pu d'avance habiliter la femme? C'est ce qu'admettaient beaucoup d'auteurs : Bourjon, *Dr. com.*, t. X, 4e partie, ch. 4, nos 30 et 31 et no 33; Le Brun, *Traité de la com.*, l. II, ch. 1, sect. 1, no 16; Laurière, *Cout. de Paris*, art. 234; Claude de Ferrière, *Cout. de Paris*, art. 234. Au contraire, Pothier *(Comm.*, no 5) et Argou *(Instit. au dr. fr.*, l. III, ch. 4) ne prenaient pas de telles licences avec le texte de la Coutume de Paris et n'admettaient pas l'autorisation générale expresse. Pothier, en effet, avait compris que l'autorisation maritale n'était pas une conséquence des pouvoirs du mari sur les *biens* de la femme, car il écrivait : « La nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la *personne* de la femme, qui ne permet à la femme de rien faire que dépendamment de lui. » Quelques Coutumes, comme celle de Mantes (art. 124), excluaient expressément toute autorisation générale donnée à la femme en vue des actes de disposition.

(1) *Déguerp.*, II, 4, no 7.

(2) *Inst. cout.*, l. I, t. 4, no 3 (éd. Dupin, no 178).

(3) Laurière, sur le no 117 des *Inst. cout.* de Loysel, l. 1, t. 2, no 15.

mari sur les biens de sa femme. « La puissance du mari s'étend aussi sur les biens de la femme. Il n'a pas à la vérité la propriété des propres de la femme... Mais nos coutumes lui donnent un droit de bail et de gouvernement sur les propres de la femme. »

« La puissance que le mari a sur la femme le rend aussi chef de la communauté qu'ils ont contractée ensemble, et en cette qualité seul maître absolu des biens et des actions qui la composent (1). » Ainsi Pothier reproduit exactement l'idée traditionnelle et ne fait aucune part à la convention pour expliquer les pouvoirs du mari sur les propres de la femme : il y voit une suite de la puissance maritale. Mais pour les biens communs, c'est uniquement la qualité de chef de la communauté *contractée,* librement établie par les époux, que Pothier fait découler de la puissance maritale. Ainsi il se rapproche singulièrement de l'idée moderne, d'après laquelle le mari n'a sur les biens de sa femme d'autres droits que ceux dont l'investit la convention. Pothier ne disait-il pas déjà que la communauté légale n'est qu'une communauté conventionnelle tacite?

On me reprochera peut-être de m'être trop longtemps arrêté à déterminer quelle était la source des pouvoirs du mari sur les biens de la femme; mais il était indispensable d'élucider ce point. L'idée que je me suis efforcé de mettre en lumière semble avoir été trop souvent ignorée ou méconnue (2).

(1) *Introd. à la Cout. d'Orléans,* n°ˢ 153 et 158.

(2) M. Guillouard a écrit dans son *Traité du contrat de mariage* (t. II, n° 680) : « C'est à tort, croyons-nous, que Pothier rattachait le droit d'administration du mari sur les biens propres de la femme à la puissance maritale : la puissance maritale existe sous tous les régimes, et cependant sous le regime de séparation de biens, le mari n'a pas l'administration des biens de sa femme. Ce droit d'administration est un corollaire des droits du mari comme chef de la communauté... »

Nous connaissons la source des droits du mari sur les biens de la femme ; il suffit maintenant d'indiquer que ces droits représentaient la contribution de la femme aux charges du mariage, ce qu'à Rome on appelait la dot de la femme. Sous le régime de communauté, la femme mettait dans le fonds commun la propriété d'une partie de ses biens et la jouissance de ceux qui lui demeuraient propres. En cas d'exclusion de la communauté, elle conférait au mari la jouissance de l'intégralité de ses biens. Quant au régime de séparation de biens, il ne semble pas qu'à l'origine il ait donné lieu à une contribution de la femme. Je n'en puis fournir une preuve directe, mais seulement un indice assez sérieux : quand, sous l'influence de considérations d'utilité, on astreignit la femme séparée à demander l'autorisation de son mari pour l'aliénation de ses immeubles, ce n'était pas dans la crainte qu'elle dissipât des biens dont le revenu lui permettait de fournir une contribution au mari : on voulait que le jour où la séparation prendrait fin, la femme n'eût pas aliéné les biens sur lesquels les droits du mari auraient pu s'asseoir (1). D'ailleurs, j'ai dit que la condition des biens d'une femme séparée dut être celle des paraphernaux : il semble, toutefois, que la

M. Guillouard semble imputer cette erreur à Pothier tout seul, alors que ce fut l'erreur commune de tous nos anciens auteurs. Mais, quelques pages plus loin (n° 759), par une contradiction manifeste, M. Guillouard, à la suite de Troplong, et contrairement à Laurent, affirme que c'est sur la puissance maritale qu'il faut fonder le droit du mari d'administrer les propres de sa femme, et non sur ce fait qu'ayant, comme chef de la communauté, la jouissance des propres de la femme, il doit en avoir l'administration. Bien que fondé sur la puissance maritale, ce droit d'administrer est de la nature et non de l'essence de la communauté légale, et peut être écarté par la convention. Mais alors pourquoi avoir reproché à Pothier de fonder sur la puissance maritale un droit que la séparation de biens excluait, pour en donner, quelques pages plus loin, la même explication ?

(1) Laurière, *Cout. de Paris,* art. 234.

femme séparée devait pourvoir à son entretien sur ses propres biens ; en effet, en cas de séparation conventionnelle, on ne lui donne pas la libre disposition de ses immeubles, de peur qu'elle ne se ruine et ne tombe à la charge de son mari. A Rome, la femme qui avait des paraphernaux n'était pas tenue de les employer à son entretien, auquel le mari devait pourvoir : il est vrai qu'elle avait pu être dotée, tandis que la femme séparée n'apportait rien au mari.

C'est sans doute la convention qui fixa primitivement l'apport de la femme séparée à son mari : l'usage de semblables conventions se généralisa et finit par devenir obligatoire. Sur ce point, les auteurs sont très sobres de détail : on lit dans Argou (1) ces simples mots : « Dans le cas de séparation de biens stipulée par un contrat de mariage, on ajoute souvent que la femme paiera une pension fixe à son mari ; d'autres fois, que la dépense sera faite en commun ; cela dépend de la volonté des parties. » J'estime qu'il s'agit là d'une contribution que la femme promettait volontairement, et non d'un apport obligatoire dont le règlement seul était laissé à la volonté des époux. Pothier, au contraire, imposait à la femme séparée l'obligation de fournir à son mari une portion de ses revenus : le chiffre, d'ailleurs, n'en était pas fixé par la coutume, mais laissé à l'application du juge (2).

Quoique ne dérivant pas de la convention, les droits du mari sur les biens de la femme représentaient l'apport de cette dernière *ad sustinenda matrimonii onera;* ils correspondaient assez exactement à la dot romaine, à la dot qu'une femme se constituait *de suo*. C'est, en effet, sous

(1) *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 4.
(2) Pothier, *Traité de la com.*, n° 464. Cf. Bourjon, *Dr. com.*, t. X, 1re part., ch. 1, nos 7 et 8.

ce nom que la pratique les désignait. Laurière nous apprend que l'emploi du mot dot avait fait difficulté; il y était lui-même particulièrement opposé, et reprend plusieurs fois Loysel, qui s'en servait sans scrupule. « L'on ne peut, écrit Loysel (1), plus honnêtement vendre son héritage qu'en constituant une grand dot à sa femme. » Ce qui provoque cette remarque de Laurière : « L'auteur aurait mieux mis : en assignant dessus les sommes qu'il a eues en mariage de sa femme. La raison est que dans les pays coutumiers, les femmes n'ont pas de dot, et que les maris jouissent des biens qu'elles ont comme baillistres et gardiens. » Selon lui, le mot *dot* avait un autre sens dont il ne fallait pas le détourner; il servait à désigner le douaire (2). La crainte d'une confusion entre l'apport de la femme et le douaire n'était qu'un prétexte pour écarter l'emploi du mot dot; il y avait longtemps que la *dos* germanique et le *morgengabe* s'étaient fondus pour former le douaire, que, dans la pratique, le mot dot ne servait pas à désigner. Mais Laurière veut marquer que l'apport de la femme au mari ne se comporte pas comme la dot romaine et n'est pas soumis aux mêmes règles. Ce que d'Argentré, commentant l'article 419 de l'ancienne coutume de Bretagne, avait exprimé en termes énergiques : *Jure patrio nulla nobis dos..., nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas.* Mais surtout Laurière voulait bien établir que les biens de la femme n'étaient pas mis aux mains du mari par une opération analogue à celle que nous avons décrite en droit romain : « Dans nos pays

(1) *Inst. cout.*, l. 1, t. 2, n° 14 (éd. Dupin, n° 117).

(2) Laurière, *Glossaire de dr. fr.*, aux mots *dot* et *douaire.* Par une bizarrerie que nous signale encore Laurière, en aucuns lieux, le douaire signifie la dot de la femme et ce qu'elle apporte en mariage. St-Sever, tit. 11, tit. 12, art. 36, en la Cout. locale dudit lieu, tit. 3, art. 4, tit. 4, tit. 5.

coutumiers, les femmes n'ont point de dot, et les maris jouissent des biens qu'elles ont comme baillistres et gardiens [1]..., comme les père et mère jouissent des biens de leurs enfants quand ils ont accepté la garde-noble ou bourgeoise [2]. » C'est l'idée que nous avons longuement développée.

L'influence du droit romain l'emporta, et l'apport de la femme au mari, sous les différents régimes, fut qualifié de dot. Sous les régimes de communauté et d'exclusion de communauté, tous les biens de la femme étaient qualifiés dotaux; en effet, ils étaient tous attribués au mari dans une certaine mesure. Il ne semble pas, au contraire, que les biens d'une femme séparée aient été appelés dotaux par tous nos anciens auteurs. C'est, à mon sens, parce qu'ils n'astreignaient pas tous la femme séparée à mettre aux mains du mari une portion de ses revenus.

« Quand une femme est mariée *et qu'elle est en la puissance du mari,* nous dit Choppin [3], tout ce qui a été à la femme appartient au mari à titre de dot. » D'après Choppin, qui suivait l'opinion de du Moulin, une femme n'était pas en la puissance du mari quand elle était séparée de biens ; ce sont donc les biens d'une femme séparée qui, au témoignage de Choppin, n'étaient pas dotaux : il est à croire que de son temps, le mari n'avait aucun droit sur ces biens.

Argou fait aussi une réserve pour la séparation de biens : c'est une preuve que, sous ce régime, la contribution de la femme était, selon lui, purement volontaire [4] : « En pays coutumiers, tous les biens de la

(1) Laurière, sur le n° 3, l. I, t. 4, des *Inst. cout.* de Loysel.
(2) *Glossaire,* au mot *douaire.*
(3) *De mor. Paris.*, l. II, 1, n° 33.
(4) Argou, *Inst. au dr. fr.*, l. III, ch. 8.

femme sont biens dotaux, et le mari en a la jouissance, soit qu'il y ait communauté ou non, pourvu qu'il n'y ait pas clause de séparation de biens dans le contrat de mariage. »

Seul Pothier nous dit sans distinguer : « C'est une maxime dans nos pays coutumiers, que tous les biens d'une femme sont réputés dotaux (1). » C'est que, d'après Pothier, la contribution de la femme séparée était obligatoire, imposée par la coutume.

III

Sachant maintenant comment le droit coutumier comprenait et réglementait l'apport de la femme au mari, il nous faut examiner rapidement ce qu'était devenue la dot romaine dans les pays de droit écrit.

On ne peut pas dire que le droit romain de la dot se maintint assez pur dans nos provinces méridionales, mais plutôt qu'il s'y reforma après avoir été un moment obscurci. Sur les biens de la femme, le mari romain n'acquérait de droits que ceux qui lui étaient conférés par la constitution de dot : « Le principe essentiel du régime dotal, a dit M. Bufnoir, c'est que le mariage n'opère par lui-même aucune modification dans le pa-

(1) *Traité de la comm.*, n° 262. Cf. *Traité de la puiss. du mari*, n° 81, Guy Coquille aussi *(Cout. du Nivernais*, art. 18, ch. 23) déclarait dotaux tous les biens de la femme sans distinction, mais son témoignage me paraît avoir une moindre portée. « Quand il n'y a point de dot certaine constituée à la femme, tous les biens de la femme sont censés être baillés en dot. Ainsi dit Cicéron, au livre des Topiques, *in loco « ab effectis,* » et nous l'observons ainsi en France pour les provinces régies par les Coutumes. »

trimoine des époux, maintient séparés les biens du mari et ceux de la femme, non seulement quant à la propriété, mais aussi quant à l'administration et à la jouissance, ne confère au mari aucun droit sur ceux de sa femme, sauf les effets de la constitution de dot, objet d'un acte distinct et qui ne modifie pas le principe de séparation et d'indépendance des patrimoines, puisque dans le système romain pur, les biens dotaux passent dans le patrimoine du mari (1). »

Si nous en croyons M. Gide (2), ce principe fut quelque temps méconnu. Les lois barbares firent sentir leur influence dans les provinces méridionales, si bien que vers le xe siècle, les intérêts des époux furent presque confondus ; la femme ne pouvait agir qu'avec le concours de son mari, et le mari avec le concours de sa femme. Le xiie siècle fut enfin marqué par un retour au droit romain ; la distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux fut rétablie, le mari ne tenant ses droits que de la constitution de dot, la femme ayant pleine indépendance quant à ses paraphernaux. La puissance maritale disparut, tandis que l'incapacité résultant du Velléien, et l'inaliénabilité de la dot, un instant supprimées, reprenaient leur importance première.

De cet obscurcissement passager du droit romain, une conséquence aurait cependant subsisté. Les droits que les lois barbares conféraient au mari sur les biens de sa femme, n'allaient jamais jusqu'à la propriété : or, d'après les interprètes qui, dans le droit de Justinien, refusent à la femme romaine la propriété des biens dotaux, c'est au contact du droit germanique, du droit coutumier, que le droit écrit reconnut la femme proprié-

(1) M. Bufnoir, *Bulletin de la Société de législation comparée,* 1876, p. 167.

(2) *Condition privée de la femme,* p. 384-395, éd. Esmein.

taire de la dot. Plus tard, certains jurisconsultes, ignorant l'influence que le droit germanique avait quelque temps exercée dans les provinces méridionales, auraient cherché à justifier le droit de la femme par des textes empruntés à la législation de Justinien.

Si, d'une manière générale, le droit de la dot se maintint à peu près tel que nous l'avons décrit en droit romain, il subit cependant quelque modifications dans le ressort de certains parlements, Si nous en croyons Denisart, au mot *Dot,* dans plusieurs provinces régies par le droit écrit, quand il n'était pas fait de contrat de mariage, tous les biens que la femme avait en se maraiant étaient réputés dotaux, bien que la convention ne leur eût pas donné ce caractère.

Sur ses paraphernaux, la femme avait conservé les droits les plus étendus qu'elle exerçait sans l'autorisation de son mari. Car, nous dit Argou, « dans les parlements de droit écrit, l'autorisation du mari est hors d'œuvre ; » mais, ajoutait-il, « à l'égard des pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, la femme ne peut contracter sans l'autorisation du mari, soit par rapport aux biens dotaux ou paraphernaux (1). » Quoique Argou semble exiger l'autorisation maritale pour tous les actes que la femme aurait voulu faire sur ses paraphernaux, elle n'était requise que pour les actes de disposition des paraphernaux ; la femme dotale était pour ses paraphernaux assimilée à une femme séparée de biens. Encore, l'assimilation n'était-elle pas complète:

(1) Livre III, ch. 8. L'incapacité de la femme n'existait donc pas dans les pays de droit écrit, sauf l'incapacité spéciale résultant du Velléien. Il faut noter que cette incapacité avait été détournée de sa portée première, et qu'on s'en servait pour rendre compte de l'inaliénabilité dotale. La dot n'était pas inaliénable à raison de son indisponibilité, mais par suite de l'incapacité de la femme.

jamais on ne songea à astreindre la femme dotale à mettre, dans une mesure quelconque, les revenus de ses paraphernaux entre les mains du mari.

Est-il besoin d'ajouter que, dans les pays de droit écrit, où la dot provenant de la femme était un apport réglé par la convention, la constitution de dot émanant d'un tiers n'était toujours, comme à Rome, qu'un apport qu'un tiers, au nom de la femme, effectuait au profit du mari ?

CHAPITRE II

DE LA DONATION FAITE PAR UN TIERS A UN FUTUR ÉPOUX

La femme parfois n'avait pas de biens auxquels le pouvoir du mari pût s'appliquer. Il faut, dans une législation bien faite, qu'une femme augmente les ressources de la famille et supporte sa part des charges du mariage ; chez les peuples où la dot n'est pas connue, les maris achètent leurs femmes et les tiennent dans un état de presque servitude. Quand une femme n'a pas de biens sur lesquels puissent s'asseoir les droits du mari, il faut que son père, ses proches ou quelque tiers généreux lui en fournissent.

Comment ce but sera-t-il atteint ? A Rome, où c'était par la convention que la femme investissait son mari de certains droits, le tiers qui voulait qu'elle n'entrât pas les mains vides dans la famille de son mari recourait au même moyen : au nom de la femme, et par convention, il conférait certains droits au mari.

En droit germanique, en droit barbare ou coutumier, l'idée ne serait pas venue de recourir à un semblable procédé. Pourquoi le tiers qui veut faciliter l'établissement d'une femme traiterait-il avec son mari, puisque la femme elle-même ne traite pas avec lui ? Qu'il donne à la femme directement, et par le seul fait du mariage, les biens donnés se trouveront affectés aux droits du mari. Il est d'autant plus logique d'adresser la libéralité

à la femme, qu'en réalité elle en est le principal bénéficiaire, les droits du mari devant se réduire à une simple jouissance temporaire.

Donc, la libéralité faite par le tiers s'arrête à la femme. Telle était bien le caractère du *faderfium* procuré à la femme par son père ou ses frères : le mari était étranger à cette donation ; tandis que les parents de la femme contrôlaient et agréaient la *dos* fournie par le mari et qui leur était primitivement payée, il n'apparaît pas que le mari fût admis à discuter la valeur du *faderfium.*

La femme mariée n'apporta d'abord à son mari que les biens qui lui étaient ainsi donnés. Plus tard, les causes d'acquisition se multiplièrent à son profit, et elle fut notamment admise à la succession de ses proches ; mais les biens qui lui étaient donnés à l'occasion de son mariage étaient compris sous une dénomination spéciale, quoiqu'ils ne fussent, ni plus ni moins que les autres, destinés à servir d'assiette aux droits du mari.

En droit coutumier, l'expression de *maritagium* sert à désigner ces biens et remplace le mot *faderfium*, depuis longtemps hors d'usage. C'est ce que nos anciens auteurs appelaient *mariage avenant* ou simplement *mariage.*

La donation faite à la femme à l'occasion de son mariage différait profondément de la constitution de dot adressée au mari par un tiers au nom de la femme. Cependant, quiconque n'analysait pas exactement ces deux opérations pouvait les croire identiques. Un examen superficiel de la dot romaine, surtout quand on n'en connaissait pas le fonctionnement premier, y faisait voir avant tout une donation faite à la femme; et pour les droits conférés au mari, ne les retrouvait-on pas en droit coutumier, où la puissance du mari s'appliquait nécessairement au *mariage avenant ?* De là, à partir des

xvᵉ et xviᵉ siècles, une tendance marquée à donner au *maritagium* le nom de dot. Si Loysel (1), au xviiᵉ siècle, disait encore : « Si le survivant mariant l'un de ses enfants lui donne *mariage avenant,* cette communauté (continuée entre l'époux survivant et les enfants nés du mariage) se dissout pour son regard », du Moulin (2) avait écrit longtemps avant lui : « Quand le survivant marie sa fille et lui *baille dot*, c'est acte suffisant pour dissoudre la communauté. »

Dans cette nouvelle acception, et en tant qu'il désignait la donation faite à la femme à l'occasion de son mariage, l'emploi du mot dot rencontra quelque résistance; l'influence du droit romain en triompha. Comme l'apport de la femme au mari, la donation faite à la femme à l'occasion de son mariage fut qualifiée de constitution de dot, bien que ce fussent là deux opérations très différentes l'une de l'autre, et très différentes aussi de la constitution de dot du droit romain (3).

Le mot *dot* fut de telle façon reçu dans la pratique qu'on en vint à considérer que l'expression de *maritagium* l'avait indûment supplanté à une époque antérieure. C'est dans le *Glossaire* de Laurière, au mot *mariage d'une femme*, que nous en trouvons la preuve : « *Est dos uxoris quæ ab ea confertur marito nuptiarum causa. Dotem recentiores maritagium appellarunt.* La coutume de la Bourt (titre 9, art. 12) dit que la dot ou donation pour noces est vulgairement appelée *mariage.* » On estimait donc, allant à l'encontre de la vérité histo-

(1) *Instit. coutum.*, l. III, t. III, nº 11 (édit. Dupin, nº 388).

(2) *Coutume du Bourbonnais,* art. 170.

(3) L'apport de la femme au mari, consistant dans les droits dévolus au mari par l'effet du mariage, correspondait à la constitution de dot qu'une femme consentait elle-même; et la donation faite par un tiers à la femme, à la constitution de dot émanant d'un tiers.

rique, qu'une pratique récente s'était servie du mot *mariage* pour désigner la dot. On faisait dériver la dot coutumière de la dot romaine, dont la dénomination aurait été quelque temps abandonnée : on n'apercevait pas qu'à deux noms différents correspondaient deux institutions profondément distinctes.

Bien que cette idée fût parfois méconnue, elle n'en produisait pas moins ses conséquences pratiques : il demeure acquis que la constitution de dot du droit coutumier n'était qu'une donation faite à la femme; elle s'adressait à la femme et s'arrêtait à elle sans aller jusqu'au mari, alors même que le tiers donateur aurait arrêté avec lui le chiffre de la dot (1). C'est ce qu'exprime du Moulin en des termes qui nous dispenseront de plus longs détails : « *Quamvis iste donet respectu mulieris, tamen dando marito nihil proprie dat marito : non enim dat ut sit patrimonium viro, sed mulieri et pro oneribus matrimonii. Censetur nomine mulieris accipere... Ipsa mulier pro se viro dotem dedisse videtur... In dotem tradere censetur brevi manu, etiamsi donans immediate tradit viro. Et sic proprie maritus non habet causam ab hujusmodi donatore, sed ab uxore* (2). »

Ainsi réduite aux proportions d'une simple donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage, il semble évident que la constitution de dot pouvait s'adresser à un fils comme à une fille, au mari comme à la femme.

Cette proposition ne serait pas susceptible de contestation si la constitution de dot n'avait été qu'une dona-

(1) Tous nos anciens auteurs nous disent que la donation pour noces était faite à la femme, que la dot était baillée à la fille; nous sommes bien loin des formules du droit romain, suivant lesquelles la dot était constituée au mari « pro filia, » « mulieris nomine. »

(2) *Tract. de donat. in contract. matr. fact.*, n° 68.

tion soumise aux règles du droit commun. Mais c'était une donation particulièrement digne de faveur : elle méritait d'être facilitée, et sa stabilité devait être garantie. Dans ce but, on lui avait appliqué, à une époque que je ne chercherai pas à déterminer, certains effets des actes à titre onéreux que nous avons relevés dans la dot romaine. Voilà ce qui donnait à la constitution de dot sa physionomie propre : dès lors, la donation faite à un futur mari ne pouvait être qualifiée de constitution de dot que si elle bénéficiait de ces avantages.

Or, il faut reconnaître qu'il n'était pas question, dans l'ancien droit, de la dot du mari ; cette expression n'était pas employée pour désigner la donation qui lui était faite à l'occasion de son mariage. Nos anciens jurisconsultes n'apppelaient ainsi que la donation faite à la femme ; imbus qu'ils étaient des idées romaines, ils voyaient dans la dot un ensemble de biens qui n'étaient pas seulement destinés à l'acquittement des charges du mariage, mais qui étaient dans ce but mis par la femme aux mains du mari. Dans la donation faite à la femme, ils apercevaient l'acte distinct, indépendant, qui devait en être la suite : la mise des biens donnés à la disposition du mari ; et c'était seulement le résultat de ces deux actes combinés qui formait, à leurs yeux, la constitution de dot.

Au contraire, il n'est peut-être pas téméraire de prétendre que l'expression de *mariage avenant*, à laquelle le mot *dot* avait été substitué, pouvait s'entendre d'une donation faite à un futur mari. La communauté continuée entre le survivant des époux et les enfants nés du mariage est dissoute vis-à-vis de la *fille* à qui une *dot* est baillée, observait du Moulin ; mais Loysel disait, en termes différents, qu'elle était dissoute à l'égard de l'*enfant* à qui était fourni un *mariage avenant*. Et de fait, il

est incontestable que la communauté était dissoute à l'égard du fils auquel était faite une donation par contrat de mariage.

Personne ne niera donc que le mari, tout aussi bien que la femme, pût recevoir une donation à l'occasion de son mariage. Les donations faites aux futurs époux par contrat de mariage étaient soustraites de la même manière aux règles du droit commun, en ce sens qu'elles bénéficiaient des mêmes immunités de formes, de la dispense de l'insinuation, etc. Le nom de dot était réservé à la donation faite à la femme; quant à la donation faite au mari, elle est souvent qualifiée de donation en faveur de mariage, par Domat en particulier. Mais est-on autorisé à dire que ces donations, qu'elles s'adressassent au mari ou à la femme, étaient des constitutions de dot, c'est-à-dire que l'époux donataire, à l'égal du mari à qui une dot était constituée en droit romain, devait être, à certains égards, traité comme un acquéreur à titre onéreux ? Il faut bien reconnaître que notre ancien droit n'est pas allé jusqu'à ce point. C'était seulement la donation faite à la femme, parce qu'elle parvenait au mari, et dans la mesure où elle lui profitait, qui était considérée comme résultant d'un acte à titre onéreux, et cela vis-à-vis du mari seulement (1). Par une étrange méconnaissance du caractère et du fonctionnement de la dot coutumière, nos anciens auteurs, imbus qu'ils étaient du droit romain, traitaient le mari comme l'ayant-cause direct du tiers qui avait fait donation à la femme; et vis-à-vis de ce tiers, on le considérait comme un acquéreur

(1) Par imitation du droit romain, on considérait aussi comme onéreuse l'acquisition que le mari réalisait de plein droit sur les biens de la femme : cependant ce n'était pas de la convention qu'il tenait ses droits, et il était difficile de découvrir dans l'opération les éléments d'un acte à titre onéreux.

à titre onéreux. On reproduisait les règles et les formules romaines ; et Choppin, qui, dans toutes ces questions, suivait pourtant l'opinion de du Moulin, déclarait « la dot onéreuse au regard du père et du gendre, et lucrative à l'égard de la fille (1). » Du Moulin cependant avait nié formellement qu'il existât aucun rapport d'auteur à ayant-cause entre le constituant et le mari de la femme dotée.

Nos anciens auteurs étaient donc loin d'admettre la théorie qui a cours en droit moderne, et suivant laquelle l'époux donataire, mari ou femme, est, à certains égards, traité comme un ayant-cause à titre onéreux du constituant. Si notre ancien droit n'admit pas ce résultat, il faut reconnaître qu'il le prépara. La constitution de dot du droit coutumier, exactement analysée, se ramenait, quand un tiers y procédait, à une donation faite à la femme; le constituant ne traitait aucunement avec le mari. Une donation identique pouvait directement être faite au mari. Ces libéralités, en augmentant les ressources de l'époux auquel elles s'adressaient, lui permettaient de contracter mariage, elles le déterminaient à assumer les charges du mariage. Or, n'était-ce pas là le motif pour lequel la constitution de dot adressée au mari par un tiers au nom de la femme avait reçu le caractère onéreux ? Le même caractère ne devait-il pas être imprimé à l'acquisition réalisée par l'époux donataire, mari ou femme ? C'est ce qu'admet la pratique moderne ; et si elle ne trouve pas un appui très ferme dans l'ancien droit, elle s'autorise des textes du Code, qui semble bien avoir voulu ce résultat (2).

(1) *De mor. Paris.*, l. II, t. III, n° 15.

(2) Nos anciens auteurs considèrent toujours la constitution de dot comme un acte intervenant entre le mari et le constituant, cela pour faire bénéficier le mari des avantages que lui accordait le droit romain.

Nous ne parcourrons pas les conséquences diverses que la pratique ancienne faisait découler des caractères onéreux de la constitution de dot; elles ne se produisaient, avons-nous dit, que vis-à-vis du mari. Nous éviterons ainsi de reproduire des solutions que l'ancien droit empruntait aux textes romains plus ou moins bien compris ; mais en faisant l'exposé du droit actuel, nous aurons occasion de citer les décisions de notre ancienne jurisprudence.

Il est cependant une règle romaine qui n'avait pas passé en droit coutumier, la règle de l'irrévocabilité des constitutions de dot, malgré l'ingratitude de l'époux doté. C'est seulement pour rendre compte de cette solution divergente que nos anciens auteurs reconnaissent que le fonctionnement de la constitution de dot n'était pas le même qu'en droit romain. (Ricard, *Donat. entre vifs,* 3[e] partie, n[os] 681-685.)

DROIT MODERNE

Sous le nom de constitution de dot, nous envisagerons successivement l'apport fait par la femme à son mari, et la donation adressée par un tiers à un futur époux à l'occasion de son mariage. Nous les avons étudiés simultanément en droit romain, lorsqu'ils en formaient le seul et même acte. Si différents qu'ils soient devenus, ils présentent encore bien des points de contact et des effets communs : ils s'éclairent et se complètent l'un l'autre, et l'usage leur a conservé le même nom.

Un mari et une femme, sur le point d'entrer en ménage, sont dénués de toute fortune personnelle : leurs ascendants, leurs proches, des tiers généreux, leur font une donation, leur constituent une dot : c'est le premier sens de l'expression de la constitution de dot (1).

La famille est désormais à l'abri du besoin; mais il ne faut pas que chaque époux emploie à sa guise les biens qui lui ont été fournis; et comme ils pourraient ne pas s'entendre pour combiner leur action, il faut confier à l'un d'eux la charge de veiller aux intérêts pécuniaires

(1) Art. 1438 à 1440 et 1544 à 1548 C. civ.

de l'association conjugale : ce rôle ne peut appartenir qu'au mari. Les ressources de la famille devront, plus ou moins complètement, être réunies entre ses mains ; à cet effet, la femme lui conférera sur ses propres biens certains droits, certains pouvoirs. C'est le second sens des mots constitution de dot (1).

Ce résultat sera atteint par le contrat de mariage, qui arrêtera les clauses d'un régime matrimonial (2). Le but du contrat est de fixer la contribution de la femme aux charges du mariage, de déterminer son apport au mari. On ne conçoit donc pas, de prime abord, qu'elle acquière sur la fortune du mari, par le jeu du régime matrimonial adopté, des droits correspondants à ceux qu'elle lui confère. C'est cependant là un résultat que le contrat de mariage peut produire, et qu'il produira le plus souvent. La loi, pour intéresser les deux époux à la prospérité du ménage, pour stimuler leur zèle, leur permet de créer une société alimentée par leurs acquisitions respectives : chaque époux est copropriétaire des biens compris dans cette société, et c'est ainsi que la femme acquiert, sur les biens que son mari a mis en communauté, le même droit de copropriété dont celui-ci est investi sur les biens qu'elle a rendus communs. Cette mise par chaque époux de certains biens dans la communauté a été quelquefois appelée constitution de dot. C'est une expression impropre que nous nous garderons d'employer, et nous nous en tiendrons aux deux sens que nous avons indiqués plus haut.

(1) Art. 1540 C. civ. Cf. art. 1537.

(2) Le mariage lui-même place bien la femme dans un état d'incapacité ; mais, si l'incapacité de la femme ne lui permet pas de faire certains actes sur ses propres biens, il ne faut pas dire que le mariage transporte au mari des droits sur les biens de sa femme ; c'est seulement sur sa personne que s'exerce la puissance maritale.

S'il nous fallait restreindre notre étude à une seule des deux opérations désignées sous ce nom, c'est à la donation faite par un tiers à un futur époux que nous nous attacherions. C'est surtout de cet acte qu'il est intéressant de déterminer la nature et de fixer les effets exacts : l'apport de la femme au mari présente des particularités très originales, mais il est plus facile d'assigner à l'acte par lequel il se réalise son véritable caractère.

Nous proposant de les étudier tous les deux, il pourrait paraître logique, ou du moins conforme à la succession des faits, d'envisager d'abord la donation qu'un futur époux a pu recevoir à l'occasion de son mariage, pour examiner ensuite les droits que la femme confère au mari sur les biens qu'elle a recueillis. Mais cet ordre ne s'impose pas, car les deux faits qui vont nous occuper ne sont pas nécessairement liés : on peut concevoir qu'une femme qui n'a reçu aucune donation transporte au mari certains droits sur des biens dont elle est propriétaire. C'est donc de l'apport fait par la femme à son mari que nous nous occuperons en premier lieu : il n'est, en effet, possible de déterminer la nature et les effets de la constitution de dot adressée par un tiers à la femme, que si l'on connaît, au préalable, la nature des droits que le mari va acquérir sur les biens donnés à sa femme. C'est d'ailleurs l'ordre qu'il nous a fallu adopter dans l'ancien droit pour la clarté de notre exposition.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DE LA FEMME ET, EN GÉNÉRAL, DES DROITS ACQUIS A CHAQUE ÉPOUX PAR CONTRAT DE MARIAGE SUR LES BIENS DE SON CONJOINT

On dit généralement d'une femme qui, par contrat de mariage, transporte à son mari certains droits sur ses biens, qu'elle se les constitue en dot, qu'elle se dote. En ce sens, il est parfaitement exact d'observer qu'une femme peut seule être dotée ; le mari ne peut, comme la femme, limiter sa responsabilité des charges du mariage ; tous ses biens y sont toujours pleinement affectés. C'est la juste compensation des pouvoirs étendus que le mariage lui confère, et des droits dont le contrat de mariage l'investit sur les biens de sa femme.

Le contrat de mariage est, en effet, l'unique source, non pas des pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale, mais des droits qu'il acquiert sur la fortune de sa femme. Il ne reste plus rien ou presque rien de l'idée germanique qui a creusé un abîme entre la dot romaine et la dot coutumière. Les interprètes de notre ancien droit, qui faisaient reposer sur elle le régime des biens entre époux, allaient à l'encontre des faits et niaient l'évidence même. En tous cas, l'admission simultanée par le Code civil des régimes coutumiers, qui se rattachaient très indirectement à cette idée, et du ré-

gime dotal romain, qui en était la négation même, ne lui laissait plus place. Elle a disparu de notre législation, et le mari n'a d'autres droits sur les biens de sa femme que ceux qui lui ont été attribués par la convention.

Si c'est la règle du droit romain qui l'a emporté, la conséquence capitale qu'elle entraînait après elle est loin d'avoir prévalu. Quand les époux n'ont fait aucune convention, leurs patrimoines ne demeurent pas distincts : la paraphernalité n'est pas la règle pour leurs biens qui sont soumis à la communauté. Mais si la loi, dans le silence des parties, les répute mariées sous le régime de communauté, c'est par interprétation probable de leur volonté ; c'est toujours la convention des parties qui est censée avoir fixé le régime matrimonial sous lequel elles sont placées ; et pour employer une expression peut-être un peu dangereuse, mais qui rend assez bien compte des solutions de la loi, « la communauté légale n'est qu'une communauté conventionnelle tacite (1). » La paraphernalité n'est demeurée la règle que dans l'hypothèse où la femme a adopté le régime dotal romain : tous ses biens sont paraphernaux, à l'exception de ceux auxquels sa volonté expresse, ou présumée par la loi, a imprimé le caractère de dotalité.

(1) Cette formule est dangereuse, parce qu'il est certainement des cas où les époux se trouvent soumis à la communauté, alors qu'ils ont manifesté la volonté de l'écarter. — Cette idée, qui est due à Pothier, lui semblait à lui-même insuffisante pour déclarer que l'époux, qui faisait un bénéfice par suite du partage de la communauté, n'en était redevable qu'à son conjoint et ne tenait rien de la loi. Selon Pothier *(Contr. de mariage,* n° 551), l'époux qui faisait une acquisition n'était traité comme donataire de son conjoint que si son bénéfice résultait de la confusion du mobilier et des dettes existant lors du mariage; quant à l'avantage résultant de la confusion du mobilier et des dettes postérieurement advenus aux époux, il provenait de la loi. Aujourd'hui, et pour l'application des articles 1496 et 1527, cette distinction ne serait plus admise, et chaque époux est toujours redevable à son conjoint des bénéfices qu'il puise dans la communauté.

I

L'opération par laquelle une femme confère certains biens à son mari est sensiblement différente de celle par laquelle une femme romaine se dotait *de suo*. A Rome, la femme n'était pas tenue des charges du mariage, à l'origine au moins ; et l'acte par lequel elle constituait une dot au mari s'analysait comme il suit : la femme, par un avantage qu'elle procurait au mari, le déterminait à assumer les charges du mariage, dont il était seul tenu et dont elle devait profiter la première. Dans notre droit, la femme est indéfiniment tenue des charges du mariage, qui pèsent sur elle de la même manière que sur le mari (1). Comme c'est au mari qu'appartient la direction des intérêts du mariage, et que, sous son administration, les charges pourront en être

(1) Sans qu'on puisse nous opposer la disposition de l'article 214 C. civ., aux termes duquel le mari est tenu de fournir à la femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. » Ce n'est là que l'application de l'idée générale d'après laquelle, pendant le mariage, la *responsabilité* des charges qui en résultent pèse exclusivement sur le mari, tant qu'il y peut suffire, qu'il ait ou qu'il n'ait pas reçu de contribution de la femme. Quant à ces charges elles-mêmes, qui comprennent assurément l'entretien de chaque époux, elles pèsent également sur chacun d'eux; car ils sont, de la même manière, tenus de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants, » et l'obligation alimentaire, dont ils sont grevés l'un envers l'autre, est de tous points identique pour l'un et pour l'autre. Voilà pourquoi je n'admets pas que, dans notre droit, l'apport de la femme au mari soit l'équivalent des avantages que lui procure l'établissement par mariage. C'est un acte par lequel elle s'exonère des charges du mariage en général, et en particulier des frais de son entretien, tant que le mari y pourra suffire; un acte par lequel elle l'amène, moyennant une contribution une fois fixée, à assumer l'intégralité des charges du mariage, ou plus exactement à se mettre, par le mariage même, dans une situation où la loi les lui impose exclusivement, n'eût-il même reçu de la femme aucune augmentation de ressources.

excessivement lourdes, la femme déclare par avance dans quelle mesure elle entend les supporter : elle limite sa responsabilité, elle fixe la contribution que le mari pourra exiger d'elle. Il ne faut pas considérer qu'elle se procure un établissement par mariage, mais qu'elle traite à forfait, et que, moyennant une somme une fois payée, une contribution fixée d'avance, elle s'exonère, pour la durée du mariage, des charges qui la grèvent.

En droit français, et, jusqu'à un certain point, en droit romain, nous nous trouvons en face d'un acte dont le caractère onéreux est visible; mais voici la différence : la femme romaine s'est engagée à contribuer aux charges du mariage, dont elle n'était pas tenue; elle est libérée dès qu'elle a fourni ce qu'elle a promis, et le mari ne peut rien exiger de plus. En droit français, la femme n'a pu, par une convention passée avec son mari, s'exonérer des charges qui la grèvent par le fait même du mariage; une telle convention n'a d'effet qu'autant que le mari a des biens qui, avec la contribution payée par sa femme, lui permettent de pourvoir aux besoins de la famille : le jour où ses ressources sont insuffisantes, la femme est tenue d'y parer; elle y est tenue sur tous ses biens, quel que soit le chiffre de la contribution fixé par le contrat de mariage, mais en laissant subsister le régime adopté, et en respectant, dans la mesure du possible, les stipulations du contrat.

Pour déterminer en quoi consiste l'apport de la femme au mari sous les différents régimes matrimoniaux, il n'est pas besoin de rechercher en détail quels droits et quels pouvoirs sont exactement dévolus au mari sur la

fortune de sa femme; il suffit de fixer dans quelle mesure sont accrues les ressources mises à sa disposition. Voyons donc quelles acquisitions, soit de propriété, soit de jouissance, il peut réaliser par le contrat de mariage, par le jeu des régimes matrimoniaux.

Quand les époux stipulent un régime de communauté conventionnelle, ou se soumettent à la communauté légale, tous deux contribuent de la même manière à la formation des fonds communs. La mise en communauté des biens du mari et de la femme est d'abord une mise en société; ce n'est pas à ce point de vue que ce régime nous intéresse, pour le moment du moins. Mais du chef de la femme, et tant que dure la communauté, la mise dans le fonds commun de certains biens sur lesquels le mari acquiert des droits, en qualité de chef de la communauté, constitue en même temps l'apport de la femme, sa contribution aux charges du mariage. A ce point de vue, les biens de la femme peuvent être rangés en deux classes : les uns qu'elle apporte en propriété, qu'elle fait absolument tomber en communauté; les autres dont elle conserve la propriété, et dont elle ne met en communauté que la jouissance. On prétend d'ordinaire que sur les uns et sur les autres, les pouvoirs du mari dérivent de deux idées très différentes. Qu'y a-t-il de vrai dans cette opinion?

Il faut dire, à mon sens, que le mari tient de la convention tous les droits qu'il acquiert sur les biens de la femme commune; car, en ne stipulant pas la communauté, elle aurait pu ne pas les faire naître. Mais, dès que la communauté existe, le mari en est nécessairement le chef; et nécessairement il est maître des biens et des droits que la femme y a fait tomber. En adoptant la communauté, les parties ne peuvent stipuler que le

mari n'en serait pas le maître. Tel est le sens de l'article 1388 C. civ. : « Les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef. » Le mari, en tant que chef de la communauté, n'a pas un rôle et une fonction que celle-ci aurait pu ne pas lui confier; il tient ses pouvoirs de la loi. Mais gardons-nous de voir dans ce principe une conséquence de la règle ancienne, d'après laquelle le mari était, de plein droit, investi de pouvoirs sur les biens de sa femme; historiquement, c'est peut-être ainsi que s'explique la règle de l'article 1388, mais, rationnellement, elle se justifie tout autrement : comme l'a dit excellemment M. Colmet de Santerre : « La stipulation relative aux biens (tendant à retirer au mari la direction de la communauté) réagirait sur la *situation personnelle* des époux, et voilà pourquoi elle est prohibée (1). »

Des biens demeurés propres à la femme, le mari n'a que la jouissance et l'administration. J'ai dit qu'on faisait généralement dériver de sources différentes les droits du mari sur les biens communs, et ses pouvoirs sur les propres de la femme; il tiendrait les premiers de la loi, et les autres de la convention; c'est comme mandataire de la femme qu'il aurait l'administration et la jouissance des propres de celle-ci. Et voici la conséquence qu'on en tire : la convention des parties ne peut régler la condition des biens communs autrement que ne fait la loi, tandis que la femme est libre de ne pas conférer au mari, sur ses propres, les pouvoirs qui lui appartiennent de droit commun.

Cette distinction me semble être le résultat d'une analyse inexacte. Il importe de bien saisir la portée précise de l'article 1388. Dès que la communauté existe, le mari

(1) *Cours anal. de Code civil*, t. VI, p. 4, n° 5 *bis*, 1.

est nécessairement le chef des biens qui y sont compris ; mais les époux sont libres d'en exclure tous les biens que les règles de la communauté légale y font tomber. Tel bien qui, de sa nature, aurait dû être commun, sera déclaré propre ; tel bien dont la jouissance aurait dû être attribuée à la communauté en qualité de propre peut être totalement soustrait par la femme aux pouvoirs du mari. De la part du mari, une semblable stipulation serait, à mon sens, possible ; mais elle aboutirait seulement à exclure de la communauté les revenus de tels et tels biens : ces biens eux-mêmes, et leurs revenus, demeureraient le gage des créanciers de la communauté, sauf paiement d'une récompense. Je prétends qu'à l'égard des biens auxquels la convention n'a même pas laissé le caractère du propre de communauté, il n'y a en aucune façon communauté, et qu'ils sont soumis à un autre régime (1). Rien ne s'oppose à ce qu'il en soit ainsi : parallèlement à la communauté et pour les biens auxquels elle ne s'applique pas, fonctionnera un autre régime, le plus souvent la séparation. Si la femme s'est réservé seulement l'administration des biens exclus de la communauté, elle est censée avoir

(1) La question de la combinaison des régimes matrimoniaux est double. Les époux peuvent-ils stipuler plusieurs régimes différents qui s'appliquent divisément à différentes catégories de biens? L'affirmative me paraît certaine : dans ce cas, il y a plutôt juxtaposition que combinaison de plusieurs régimes. Mais les époux peuvent-ils appliquer cumulativement à un même bien les règles de plusieurs régimes différents? C'est bien plus douteux, et l'affirmative n'est acceptable que si les conséquences de ces régimes différents ne sont pas contradictoires. La Cour de cassation est peut-être bien hardie quand elle déclare que la femme peut se réserver l'administration et la jouissance de ses biens dotaux; ce qui revient à dire que des biens, qui ne sont en aucune manière confiés au mari, des paraphernaux, peuvent être frappés d'inaliénabilité. (Cass., 17 févr. 1886 : S. 1886, I, 161.) La Cour de cassation ne va-t-elle pas jusqu'à valider une convention par laquelle le mari arrive à frapper ses propres biens d'inaliénabilité! (S. 1887, I, 401.)

stipulé la séparation, avec obligation de verser aux mains du mari la totalité de ses revenus ; si c'est la jouissance seule qu'elle s'est ménagée, elle est dans la situation d'une femme séparée qui, par contrat, a confié au mari l'administration de sa fortune. Le régime dotal, le régime d'exclusion de communauté, peuvent aussi être stipulés, bien qu'on n'en conçoive guère l'utilité.

Il reste donc acquis qu'une femme ne peut priver le mari, chef de la communauté, des droits qui lui appartiennent sur ses propres : mais elle peut ôter à des biens le caractère de propres qu'ils devraient avoir. En ce sens, il serait tout aussi exact de dire qu'une femme peut ôter au mari les droits qui lui appartiennent comme chef sur les biens communs, puisqu'elle peut par contrat en faire des propres, et même les soustraire totalement à la communauté. Mais dès qu'un bien, de par le contrat de mariage, fait partie de la communauté, ne fût-ce qu'en jouissance et à titre de propre, le mari en est nécessairement le chef, en ce sens que les droits tombés dans la communauté ne peuvent être exercés que par lui. Il est donc vrai de dire avec M. Colmet de Santerre : « L'administration de la communauté comprend celle des biens personnels de la femme, qui y tombent au moins quant à la jouissance,... Le mari, *comme chef de la communauté*, a l'usufruit des propres de la femme, et, par conséquent, l'administration de ses biens [1]. »

L'apport de la femme sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal est sensiblement le même : il consiste dans une simple jouissance. Mais

(1) *Cours anal. de Code civil,* t. VI, nº 71, p. 160. Nous sommes donc bien loin de l'opinion de Pothier, qui rattachait à la puissance maritale les pouvoirs du mari sur les propres de la femme.

dans le régime d'exclusion de communauté, le mari acquiert la jouissance de tous les biens que la femme ne s'est pas expressément réservés, tandis que dans le régime dotal, la paraphernalité est demeurée la règle, et la jouissance du mari se limite aux biens qui y ont été spécialement affectés. Les pouvoirs du mari sont d'ailleurs plus étendus sous le régime dotal, et, par contre, les sûretés données à la femme bien plus grandes, et presque excessives (*Add.* art. 1534 et 1549.)

La situation de la femme séparée est presque identique à celle d'une femme dotale, quant à ses paraphernaux. Les biens de la femme séparée, comme les paraphernaux, ne sont pour le mari l'objet d'aucune acquisition : la jouissance et l'administration en sont conservées à la femme, qui ne se dépouille de rien, qui ne transporte aucun droit à son mari (1). Le plus souvent, la

(1) La femme séparée (et la femme dotale quant à ses paraphernaux) peut procéder sur ses biens aux actes d'administration sans l'autorisation de son mari. Il serait inexact, pour expliquer ce fait, d'invoquer la prétendue autorisation générale contenue au contrat de mariage que nos anciens auteurs faisaient intervenir à tort. La véritable explication a été mise en lumière : le mariage n'enlève pas à la femme la capacité de procéder aux actes d'administration; leur importance est trop minime pour que le fait d'y procéder sans autorisation soit une méconnaissance de la puissance maritale sur la personne de la femme. Le contrat de mariage a pu transporter au mari le pouvoir d'administrer les biens de sa femme, si bien que la capacité de celle-ci n'a pas l'occasion de se manifester. Mais quand la femme s'est réservé l'administration de ses biens, elle l'exerce seule, en vertu d'une capacité qu'elle ne perd jamais, et que dès lors il n'y a pas lieu de lui conférer. Ainsi, la capacité de la femme est mise en dehors des conventions : sauf toutefois l'incapacité d'une nature toute spéciale dont l'adoption du régime dotal la frappe, au moins dans une certaine manière de comprendre l'inaliénabilité dotale.

Les actes qui excèdent l'administration, et notamment les actes de disposition, nécessitent, au contraire, l'autorisation du mari : la femme séparée qui y procéderait seule méconnaîtrait la puissance maritale, qui est indépendante du régime des biens entre les époux. Voilà pourquoi la femme dotale, quant à ses paraphernaux, est, à cet égard, assimilée à la femme séparée; c'était d'ailleurs la situation qui lui était déjà faite dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.

convention fixera une certaine somme que la femme prélèvera annuellement sur ses revenus et versera aux mains du mari. Cette contribution est si équitable que, dans le silence des parties, la loi fixe à un tiers du revenu de la femme la somme qu'elle devra fournir à son mari. Semblable obligation était déjà imposée par Pothier à la femme séparée, sauf qu'il laissait au juge la détermination du chiffre de la contribution. La femme mariée sous le régime dotal, quand elle n'a que des paraphernaux, est mise par la loi dans la même situation que la femme séparée : c'est là une innovation, car semblable pratique ne s'était même pas introduite dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.

La loi impose à la femme séparée une contribution égale au tiers de ses revenus : gardons-nous de voir dans cette disposition un reste de l'ancien principe d'après lequel la loi investissait le mari de certains droits sur les biens de la femme ; n'allons pas dire que, de par la loi, le mari aura toujours au moins le tiers du revenu total de la femme. D'abord, à supposer que la femme eût des biens dotaux dont le revenu n'atteignît pas le tiers du revenu de sa fortune totale, je n'admettrais pas qu'elle pût être tenue d'une contribution quelconque sur ses paraphernaux : l'article 1575 ne se prête à aucune extension. Mais il y a plus : à lire attentivement les articles 1537 et 1575 C. civ., on acquiert la certitude que c'est à défaut de convention fixant la contribution de la femme, que la loi, par interprétation probable de la volonté des parties, arrête le chiffre de cette contribution. Une stipulation expresse peut donc en exonérer la femme (1). Voilà justement pourquoi, quand un bien d'une valeur dérisoire a été frappé de

(1) Laurent, *Principes de Code civil*, t. XXIII, n° 450.

dotalité, j'estime que les paraphernaux ne sont tenus à rien : dans ce cas, en effet, il y a dans le contrat « une convention relative aux charges du mariage » (1537) : libres de supprimer ou plutôt de ne pas faire naître l'obligation de la femme, les époux peuvent la réduire à une quotité infime.

Tel est, sous les différents régimes matrimoniaux, l'apport de la femme au mari. Sommes-nous autorisé à dire que sous tous ces régimes il y a une dot ? Il y a lieu de distinguer : tous ces régimes comportent une dot, mais n'en impliquent pas nécessairement une. Sous les régimes de communauté et d'exclusion de communauté, il y a nécessairement une dot, et même tous les biens de la femme sont dotaux ; sous le régime de séparation et le régime dotal, ils sont seulement susceptibles d'être dotaux. Sous le régime dotal d'abord, si la dotalité a été imprimée à certains biens, aucune contribution n'est due sur les paraphernaux, qu'on ne peut dès lors qualifier de dotaux au sens coutumier du mot. Mais quand la jouissance des biens d'une femme séparée, ou des paraphernaux d'une femme dotale, est partiellement assurée au mari par une convention expresse ou par les conventions tacites prévues aux articles 1537 et 1575, y a-t-il alors une dot ? Oui, à mon sens. D'abord, c'est de tradition. En outre, pourquoi refuser à l'apport de la femme le nom de dot ? Objectera-t-on que le mari n'a droit qu'à la jouissance partielle des biens de la femme ? Mais alors il n'y aurait pas dot non plus sous le régime sans communauté et le régime dotal, quand la femme est autorisée à toucher, pour son entretien ou ses besoins personnels, certaines portions des revenus des biens dont la jouissance appartient au mari à titre de dot. (1534 et 1549 C. civ.) Si l'on observe qu'en pareil cas le mari a au moins l'administration de la fortune de la

femme, je répondrai que le droit d'administrer n'a pas par lui même d'intérêt, et qu'il emprunte sa valeur au droit de jouissance, en ce sens qu'il permet, par l'entretien et l'aménagement de la chose, de préparer la production des fruits. Dès que le mari est assuré qu'une portion des revenus de la femme seront versés entre ses mains, il a la jouissance partielle des biens de celle-ci (1); il y a une dot.

C'est assez dire que la femme séparée ne peut prétendre payer directement aux créanciers du mariage la somme qu'elle a promise au mari; elle ne peut même se réserver cette faculté par convention (2). Il y aurait là une méconnaissance de la puissance maritale, et, à mon sens, une violation des droits qui appartiennent au mari comme chef, une méconnaissance des pouvoirs du mari sur la personne même de la femme. D'ordinaire, on ne fait pas intervenir dans ce débat l'art. 1388 C. civ.; je crois qu'il y a sa place et qu'il ne faut pas le limiter au régime de communauté. Mais la femme, qui aurait pu se dispenser de toute contribution, pourrait, selon moi, en se réservant la jouissance intégrale de ses biens, décider qu'elle paiera directement certains créanciers, qu'elle supportera personnellement certaines charges du mariage

(1) La perception des fruits ne doit pas être confondue avec la jouissance; ce n'est qu'un acte d'administration.

(2) Un jugement du tribunal de la Seine, du 13 février 1807, qui avait admis l'opinion contraire, fut confirmé par la Cour de Paris; mais l'arrêt fut cassé conformément aux conclusions de Merlin. Le tribunal et la Cour s'étaient fondés sur l'idée que nous avons rencontrée dans l'ancien droit, suivant laquelle la femme séparée n'était plus, quant à ses biens, en la puissance du mari, sauf quand il s'agissait des actes de disposition. Nous avons dit que, dans notre droit, si le mari n'a de pouvoirs sur les biens de la femme qu'en vertu de la convention, il est investi par le mariage de la puissance maritale sur la personne de la femme, et que cette puissance s'oppose à ce que cette dernière fasse elle-même, quant à ses biens, des actes d'une importance telle qu'ils réagiraient sur la situation personnelle des époux.

désignées par le contrat. N'est-ce pas, en définitive, ce qu'autorisent les articles 1534 et 1549, lorsqu'ils permettent à la femme de toucher une partie de ses revenus pour les affecter à une des charges du mariage, à son entretien personnel ? Il y a là une stipulation très différente de celle qui permettrait à la femme de payer les créanciers qu'elle voudrait avec les sommes qui réprésentent sa contribution.

Quand la femme s'est expressément déchargée de toute contribution aux dépenses de la famille, tant que le mari pourrait y parer, il n'y a manifestement pas de dot. Sans doute, elle n'a pu s'exonérer des charges mêmes du mariage, qui pèsent éventuellement sur elle et qui la grèveront exclusivement si le mari meurt ou devient insolvable. Mais c'est là une obligation audessus des conventions, qui dérive du mariage et non du régime matrimonial, et dont elle est grevée vis-à-vis de la famille tout entière et non vis-à-vis du mari. Quand celui-ci, à bout de ressources, sommera la femme de pourvoir aux besoins du ménage, il n'invoquera pas un droit qui lui soit propre, mais agira comme représentant de la famille. Nous n'avons pas là les éléments d'une dot, d'un apport de la femme au mari.

En résumé, c'est toujours la convention qui met aux mains du mari tout ou partie des biens de la femme. Mais tantôt la loi décrit d'avance les droits que confère au mari l'adoption d'un certain régime, et ne permet pas d'altérer ou de modifier les droits qu'il acquiert sur les biens soumis à ce régime (1) : on dit alors de la femme qu'elle s'est volontairement placée dans une

(1) Ainsi en est-il sous le régime de communauté pour tous les biens qui en font partie à titre de biens de communauté ou de propres d'un époux.

situation où ses biens sont, de par la loi, frappés de certains droits au profit du mari. Tantôt la femme confère au mari des droits susceptibles de modifications diverses : on dit alors que les pouvoirs du mari s'expliquent par un mandat. Il faut entendre cette idée avec précaution : ce mandat ne peut être révoqué expressément ; et la femme ne peut plus exercer elle-même les droits qu'elle a donné au mari pouvoir d'exercer. S'il en était autrement, le but du contrat de mariage, qui est destiné à confier au mari les intérêts de la famille, se trouverait manqué. C'est seulement en qualité de mandataire du mari que la femme peut faire, sur ses propres biens, les actes qu'elle s'est retiré le pouvoir d'accomplir.

En fait, la distinction suivant laquelle le mari, chef de l'association conjugale, tient ses pouvoirs, soit de la loi, soit d'un mandat de la femme, est plus artificielle que sérieuse ; elle me semble être un reste de l'idée qui servait à les expliquer dans l'ancien droit. Si l'on va au fond des choses, on voit que le mari tient toujours ses droits de la femme. Et quel est le rôle de la loi ? Quand elle déclare que le mari est nécessairement le chef de la communauté formée par les époux, elle s'oppose simplement à ce que la femme, sur les biens par elle mis en communauté, se réserve les pouvoirs qu'un autre régime lui aurait conservés sur sa fortune. Tout se ramène à une question de combinaison des différents régimes matrimoniaux.

L'acte qui intervient entre les époux est certainement un acte à titre onéreux : la femme s'exonère des charges que le mariage va lui imposer, et le mari, moyennant un apport convenu, les prend exclusivement sur lui.

Cet acte est, de sa nature, à titre onéreux ; ce n'est pas un acte à titre gratuit auquel on aurait attaché quelques

conséquences d'un acte à titre onéreux ; il produit tous les effets que sa nature comporte. Ce n'est pas ici le lieu de les indiquer : mais, en faisant connaître les effets de la constitution de dot en tant que donation d'un tiers à l'un des futurs époux, il ne sera pas inutile d'en rapprocher les effets de l'acte par lequel se réalise l'apport de la femme au mari.

II

J'ai déjà mentionné que les effets du régime de communauté dépassaient singulièrement les effets habituels des régimes matrimoniaux. Ils se bornent généralement à régler l'apport de la femme au mari en vue des charges du mariage ; or, par le jeu de la communauté, chaque époux est investi d'un droit de copropriété sur certains biens de son conjoint (1).

Si l'acquisition réalisée par chaque époux sur les biens de son conjoint doit être traitée comme onéreuse, cette décision ne peut assurément pas se justifier par l'idée des charges du mariage; l'acquisition de chaque

(1) Le contrat de mariage ayant pour but de concentrer les ressources du ménage entre les mains d'un seul des époux, son but serait manqué, si la femme acquérait sur les biens du mari des droits correspondant à ceux qu'elle lui confère sur les siens. Montesquieu a dit que « les femmes étant, par leur état, assez portées au mariage, les gains que la loi leur donne sur les biens de leur mari sont inutiles. » (*Esprit des lois*, l. VII, ch. 13.) Cette remarque peut être très judicieuse, mais la loi ne s'inspire pas de considérations de ce genre. Si elle attribue aux maris des droits sur les biens de leurs femmes, c'est parce qu'en échange, ils assumeront des charges et des responsabilités spéciales; ce n'est pas parce que les hommes ont besoin d'un stimulant au mariage. La donation provenant d'un tiers, au contraire, est considérée comme étant de nature à déterminer au mariage; mais notre loi la regarde comme telle, qu'elle s'adresse au mari ou à la femme.

époux n'est pas le résultat du règlement intervenu à l'occasion de ces charges. Le bénéfice fait par la femme n'est point compensé par les charges du mariage, puisqu'elle en est précisément exonérée; et l'acquisition réalisée par le mari excède le fardeau qu'il a assumé. Il s'est engagé à répondre des dettes du mariage, et, de la part de la femme, une contribution en jouissance est la compensation suffisante de l'obligation qu'il a contractée; une contribution en propriété excéderait ce que doit la femme. A l'origine du droit romain, on pouvait dire avec vérité que l'attribution définitive de la dot au mari était la compensation des charges qu'il assumait : la femme pouvait reconnaître, par une attribution de propriété, l'avantage qui lui était procuré, un établissement par mariage. Mais, dans notre droit, le mari prend seulement sur lui des charges qui grèvent également et sa femme et lui; l'obligation qui lui incombe est limitée, et cessera avec le mariage ou quand il n'aura plus de ressources. Alors, la femme devra pourvoir elle-même aux dépenses dont elle avait été temporairement déchargée. Elle n'a donc pu faire une abdication définitive de droits en échange d'un avantage provisoire et fragile.

Aussi bien, l'idée des charges du mariage n'a-t-elle rien à faire avec le caractère onéreux qu'il faut reconnaître aux acquisitions réalisées par chaque époux dans la communauté. Mais la communauté est une société, un contrat à titre onéreux ; chaque époux, quand il verse des biens dans la communauté, fait un apport en société, et les bénéfices qu'il recueille sont le résultat du partage de la société. Les aliénations et les acquisitions de chaque époux sont par là même onéreuses. Envisagée sous cet aspect, la communauté nous éloigne singulièrement de l'apport de la femme au mari, de la dot. Toute-

fois, tant que la communauté dure, les biens que la femme y a mis représentent son apport, sa dot, et les droits du mari lui sont acquis à titre onéreux à raison des charges du mariage : ce sont seulement les droits acquis à la femme sur les biens du mari et les droits que le mari obtient, à la dissolution du mariage, sur les biens mis par la femme en communauté, qui empruntent à l'idée d'une société les effets d'une acquisition à titre onéreux. Mais il faut reconnaître que, dans le régime de communauté, l'apport de la femme au mari, et la mise en société par l'un et l'autre époux, sont deux actes à titre onéreux dont les effets sont à peu près identiques : pour tous deux, la garantie d'éviction est due dans les mêmes cas exceptionnels et de la même manière. Nous verrons en outre que les intérêts de l'apport promis par la femme et non effectué sont dus de plein droit : or, il y a lieu également de plein droit au cours des intérêts quand un des conjoints n'a pas mis en communauté un bien qu'il avait promis d'apporter, car, de ce chef, il doit récompense, et les intérêts des récompenses courent de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Voici cependant une différence entre les effets de ces deux opérations : jamais l'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari, en vue des charges du mariage, n'est considéré par la loi comme procurant au mari un bénéfice supérieur à celui que la femme se ménage en retour ; la loi le traite toujours, et à tous égards, comme un acte à titre onéreux. Au contraire, les apports respectifs de chaque époux à la communauté peuvent être tellement inégaux, qu'en certaines hypothèses, le partage par moitié des fonds communs entraîne au profit d'un des deux conjoints une véritable libéralité ; la loi méconnaît parfois le caractère onéreux de l'acte, et le traite comme une donation, quand l'intérêt de certaines personnes,

dignes d'une faveur particulière, le commande ainsi, Les bénéfices résultant du partage de la communauté peuvent être sujets à réduction (art. 1496 et 1527 C. civ.).

III

Les acquisitions réalisées par un époux sur les biens de son conjoint ne peuvent emprunter le caractère onéreux qu'à l'une des deux circonstances suivantes : il s'agit d'une mise en communauté ; il y a apport de la femme au mari. Toutes les autres acquisitions qui pourront avoir lieu entre les époux seront forcément gratuites. Je fais allusion aux libéralités qui sont contenues dans le contrat de mariage, mais qui, à la différence des acquisitions qui nous ont occupé jusqu'ici, ne dérivent pas du jeu d'un régime matrimonial.

La donation entre futurs époux par contrat de mariage va nous servir de transition entre l'apport de la femme au mari et la donation faite par un tiers à un futur époux. Rien n'autorise à y voir, dans une mesure quelconque, un acte à titre onéreux, et son nom même protesterait contre le caractère onéreux qu'on voudrait lui reconnaître. Cependant, de telles donations méritent la faveur de la loi, car elles aident puissamment aux mariages. Je ne fais pas allusion aux calculs égoïstes de conjoints intéressés ; la loi ne doit pas les reconnaître et encore moins les respecter. Mais n'est-il pas légitime qu'une femme sans fortune, épousant un homme qui a des enfants nés d'un premier lit et riches de la fortune de leur mère, exige qu'il lui soit fait une donation pour diminuer, dans la mesure du possible, l'inégalité qui existera, entre les enfants nés du même père, de deux ma-

riages successifs? Ou bien une femme ne consentira à un brillant mariage que si la mort de son mari ne doit pas la replacer dans la situation d'où ce mariage l'avait fait sortir. L'affection maternelle, le souci de la dignité personnelle, conseillent souvent d'exiger une donation par contrat de mariage ; et pour ce motif, la loi encourage et facilite ces donations, en les dégageant des formalités gênantes qui entravent les donations ordinaires.

Mais la loi ne fait rien de plus. Nous étudierons bientôt les donations faites par un tiers à un futur conjoint, et nous constaterons que la loi leur fait produire certains effets des actes à titre onéreux; la tradition ni les textes du Code n'autorisent à attacher de semblables conséquences aux donations entre futurs époux. Comme nous l'indiquerons, c'est à raison des charges du mariage, dont elle serait l'équivalent et la compensation, que la donation provenant d'un tiers produit les effets d'un acte à titre onéreux. Nous aurons bien quelque peine à découvrir dans l'opération, ainsi comprise, les éléments d'un acte à titre onéreux; mais la loi est formelle, et ses décisions ne peuvent être écartées. Cela étant, on peut se demander si, logiquement, puisqu'elle procédait d'autorité, la loi n'aurait pas dû attacher aux donations entre futurs époux les mêmes effets onéreux. J'ajoute aussitôt, pour dissiper toute équivoque, qu'elle ne l'a certainement pas fait.

Voici sans doute l'idée à laquelle elle a obéi, l'illusion à laquelle elle a cédé. La donation qu'un tiers fait à un futur époux est éminemment propre à le décider au mariage; elle lui procure des ressources et le met à l'abri du besoin. La donation faite par l'un des futurs époux à l'autre n'est qu'un simple déplacement de valeurs qui n'améliore pas la situation de la famille. Tant que le mariage dure, qu'importe que tel époux soit

riche plutôt que tel autre, puisque tous deux sont tenus des charges du mariage, l'un à défaut de l'autre ? Quand le mariage est dissous, a-t-on en vue l'intérêt des enfants ? Que leur importe de trouver certains biens dans la succession de leur père ou dans celle de leur mère ? S'agit-il de l'intérêt du survivant, les charges qui le grèvent consistent dans l'éducation des enfants ; mais ceux-ci ont recueilli dans la succession du prédécédé les biens que le survivant aurait encore s'il ne les avait pas donnés à son conjoint ; ayant une fortune personnelle, ils ne sont pas à la charge du survivant des époux.

Il est d'autant plus légitime de prêter ces raisonnements au législateur qu'ils lui sont familiers ; la loi tient d'ordinaire pour indifférent qu'un conjoint ait des biens plutôt que l'autre, mais généralement elle s'écarte de cette idée, quand elle est en présence d'enfants nés de lits différents (art. 1496 et 1527 C. civ.). C'est ce qu'elle néglige de faire ici, et c'est à tort. Mais il y a plus : un époux qui, à l'occasion de son mariage, a reçu donation d'un tiers, exerce vis-à-vis du donateur certains droits d'un acquéreur à titre onéreux, alors même que le mariage serait dissous, et qu'il n'en subsisterait aucune charge ; le fait seul d'avoir consenti au mariage constitue, pour ainsi parler, l'époux donataire acquéreur à titre onéreux des biens qui lui sont acquis. A l'égal de celui qui a été doté par un tiers, l'époux donataire de son conjoint devrait donc être traité comme un acquéreur à titre onéreux, et voir ses droits particulièrement affermis, non seulement quand le donateur a des enfants d'un autre lit qui recueilleront une partie des biens donnés, au détriment des enfants nés du mariage, si la donation n'est pas maintenue ou n'est pas exactement exécutée ; mais encore par cela seul qu'il peut, à

la dissolution du mariage, être replacé dans la situation d'où l'avait fait sortir une union à laquelle une donation l'avait déterminé.

Quelle que soit la valeur de cette argumentation, la loi est certaine; il n'est accordé aux donations entre futurs conjoints d'autre faveur que certaines immunités de formes. Jamais, à ma connaissance, on ne leur a attribué les effets d'un acte à titre onéreux reconnus à la constitution de dot émanant d'un tiers. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'elles ne sont pas révocables pour ingratitude, parce que l'article 959 C. civ. soustrait à la révocation les donations en faveur de mariage. Tel n'est pas mon avis. Pendant longtemps les auteurs ont déploré, de très bonne foi, de ne pouvoir excepter les donations entre époux de la règle de l'art. 959. Vainement cherchaient-ils au moins à faire tomber ces donations sous le coup de l'article 299 C. civ.; la plupart des interprètes déclaraient ce texte, écrit en matière de divorce, inapplicable à la séparation de corps. Aujourd'hui, on n'applique plus l'art. 959 aux donations entre futurs époux. Ce texte rentre par sa nature dans une série de dispositions qui tendent à assurer le maintien des donations par contrat de mariage; or, nous avons constaté que la loi facilitait la formation des donations entre futurs époux, mais qu'elle ne garantissait pas leur conservation. Il serait d'autant plus choquant d'avoir fait une exception pour la révocation à raison de l'ingratitude, que c'est la seule cause de caducité qu'il dépende du donataire d'éviter : ajoutez que l'ingratitude envers un donateur, toujours blâmable, est particulièrement odieuse entre époux. Cette cause de révocation des donations devait cependant être écartée quand la donation émanait d'un tiers, afin que le conjoint du donataire ingrat ne fût pas, avec la famille,

privé de ressources sur lesquelles il était en droit de compter : ce motif est sans valeur dans notre espèce, puisque ce qui est retiré à l'un des époux est rendu à l'autre.

L'ancien droit et l'historique de la rédaction de notre texte confirment notre manière de voir (1). L'opinion dominante soumettait les donations par contrat de mariage à la révocation pour ingratitude ; quelques interprètes proposaient de les y soustraire *quand elles provenaient d'un tiers*. C'est à cette réclamation que l'article 959 est venu donner satisfaction : témoin la rédaction qu'avait arrêtée la commission de l'an VIII : lorsqu'il y avait des enfants du mariage, l'irrévocabilité était établie ; en l'absence d'enfants, « la révocation avait lieu à l'égard du donataire, mais sans préjudice des droits résultant du contrat de mariage en faveur de l'autre époux. » Le conseil d'Etat supprima toutes ces réserves et proclama l'irrévocabilité absolue ; mais il n'entendait régler que le sort des donations faites par un tiers, car elles avaient seules été l'objet des préoccupations du législateur. La preuve en est dans ces paroles de Bigot-Préameneu : « Les donations en faveur

(1) Bourjon (*Traité des don.*, 6e partie ch. 1er, nos 2 et 3), Denisart (*Révocat. des don.*, nos 13 et suiv.), soumettaient les donations entre futurs époux à la révocation pour ingratitude. — La plupart des interprètes y soumettaient les donations faites à un futur époux, quand toutefois le contrat de mariage n'avait pas conféré des droits à des tiers, en cas, par exemple, de donation à charge de fidéicommis. (V. Bourjon, *loc. cit.*; Pothier, *Donations entre vifs*, sect. 3, art. 3, § 3) ; Laurière, *Inst. contr.*, ch. 4, nos 90-112 ; Ricard, *Donat. entre vifs*, 3e part., nos 681-685 ; en sens contraire, Expilly, *Arrest*, ch. 126 ; Rousseaud-Lacombe, au mot *don.*, 2e part, sect. 3, n° 3). — Roussilhe, qui nous fait connaître le droit écrit, explique en détail (*Traité de la dot.*, ch. 5, § 5, n° 116) que la femme coupable d'ingratitude voit la donation révoquée, mais que le droit de jouissance du mari est respecté ; à l'inverse, l'ingratitude du mari le prive des intérêts et fruits de la dot pendant que le mariage dure, sans que les droits de la femme soient entamés.

de mariage ont aussi pour objet les enfants à naitre, et ils ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire. »

Si la nature purement gratuite des donations entre futurs époux par contrat de mariage n'est pas contestée en principe, elle a paru susceptible d'être mise en doute quand ces donations étaient réciproques (1). On n'aperçoit pas de prime abord quelle influence peut avoir cette particularité, surtout si l'on suppose des donations réciproques ordinaires. C'est plutôt dans l'hypothèse de donations réciproques à titre de gain de survie qu'il faut raisonner ; on est alors en présence de deux donations conditionnelles dont une seule sera exécutée, car l'arrivée de la condition mise à l'une entraîne par le fait même la défaillance de la condition qui est apposée à l'autre. Ces deux donations pourraient donc se résumer en un acte unique, en une sorte de contrat aléatoire, forcément à titre onéreux. Cette façon d'analyser l'opération, ou, tout au contraire, de réunir en une opération unique deux actes distincts et complets, est juridiquement tout à fait fausse ; il n'y a rien moins dans un pareil raisonnement qu'une confusion entre la cause et le motif des actes juridiques. Nous sommes en présence de deux donations, actes parfaits et qui se suffisent à eux-mêmes ; la cause de chacun d'eux est l'intention généreuse des donateurs respectifs. Qu'en fait, chaque époux ait été déterminé à donner par l'expectative d'un bénéfice correspondant, c'est, dans bien des cas, indéniable ; mais il n'y a là qu'un motif. Il est donc inexact de dire qu'il y a entre les époux un échange de bénéfices

(1) A mon sens, M. Labbé ne partage pas ce sentiment; mais il le suppose admissible, afin de raisonner l'hypothèse où il devrait être accepté. (Voir note dans Sirey, 1887, I, 97.)

éventuels, et que chacun d'eux a donné à raison de la prestation qu'effectuait son cocontractant (1).

Aussi bien, les interprètes qui voudraient attribuer aux donations réciproques entre futurs époux le caractère onéreux devront-ils se mettre en garde contre une illusion. Il est question, dans les textes relatifs à la communauté conventionnelle, d'avantages réciproques résultant du contrat de mariage et dont la loi dit qu'ils ne constituent pas des donations, mais des conventions de mariage. Un examen superficiel de la loi pourrait faire croire que c'est leur réciprocité qui donne à ces dispositions le caractère onéreux; car, faute de réciprocité, elles deviennent des donations, et l'on en pourrait conclure que toutes donations réciproques de gains de survie, même faites dans un contrat de mariage qui n'établirait pas la communauté, seraient des actes onéreux. Il y aurait là une méprise : ces donations réciproques, dont la loi fait de simples conventions de mariage, sont accessoires à la formation de la communauté; ce sont des procédés de liquidation, ou du moins des opérations concomitantes à la liquidation de la société établie entre les époux. Or, on sait que les parties ont une très grande latitude pour faire, relativement au partage d'une société, des conventions d'où ne résulte aucune libéralité entre les associés. Mais quand des époux, indépendamment de toute communauté, se font des donations véritables, fût-ce à titre de gain de survie, la réciprocité de ces avantages ne leur retire pas leur nature propre, leur caractère purement gratuit.

Résumons-nous et concluons sur la nature des acquisitions qu'un époux peut réaliser sur les biens de son

(1) Cass., 2 janv. 1843; Duchesne, Dev., 1843, I, 104. Dijon, 11 août 1858; D., 1858, II, 190.

époux par suite du contrat de mariage. L'acte par lequel s'effectue l'apport de la femme au mari est purement onéreux, et ne produit d'autres effets que ceux des actes à titre onéreux. Quand une communauté est formée entre les époux, les bénéfices que l'un d'eux a pu réaliser par suite de l'apport inégal par eux versé dans le fonds commun, ou par suite de certaines opérations préliminaires ou concomitantes à la liquidation et qui aboutissent au partage inégal de la communauté, ces bénéfices sont encore des acquisitions onéreuses ; mais dans l'hypothèse particulière prévue par les articles 1496 et 1527, la loi méconnaît leur nature pour les traiter comme des bénéfices purement gratuits. Tous les autres avantages que les époux ont pu se faire par contrat de mariage, c'est-à-dire les donations proprement dites, ne participent à aucun point de vue de la nature des actes à titre onéreux.

CHAPITRE II

DE LA DONATION FAITE A UN FUTUR ÉPOUX PAR CONTRAT DE MARIAGE

I

Un tiers généreux, et le plus souvent un ascendant, un proche parent d'un futur époux, lui fait une donation pour faciliter son établissement. Cette libéralité se distingue à deux points de vue des donations ordinaires : elle rend possible le mariage, en procurant aux conjoints des ressources suffisantes pour en assumer les charges, et à ce titre elle mérite d'être encouragée, facilitée ; dans ce but, la loi la dispense des formalités gênantes qui entravent les donations entre vifs. Mais, pour déterminer les époux à contracter mariage, il ne suffit pas de leur procurer les ressources nécessaires, et il faut les assurer que les biens donnés leur seront conservés ; il importe que les époux ne puissent pas se trouver dépouillés des moyens de subsistance sur lesquels ils avaient compté en se mariant. Pour cela, il faut donner à la donation une stabilité exceptionnelle, mettre les époux à l'abri des événements qui, de droit commun, privent les acquéreurs à titre gratuit du bénéfice d'une libéralité. C'est ce qu'on exprime en disant que la donation faite à un futur époux produit les effets d'un acte à titre onéreux, et même que cette donation participe de la

nature des actes à titre onéreux, parce que les charges du mariage en vue desquelles elle a été faite en absorbent l'émolument, en forment l'équivalent.

Sans insister pour le moment sur ces idées, notons qu'elles ne trouvent leur application que dans la donation antérieure à la célébration du mariage. Une donation qui intervient après sa conclusion ne mérite pas de faveurs spéciales ; n'ayant pas déterminé les époux à s'unir, on ne peut dire qu'elle soit la compensation des charges du mariage ; et, si le bénéfice de cette donation vient à être retiré aux époux, ils ne pourront se plaindre, puisqu'ils avaient, de leur plein gré, assumé les charges du mariage avant qu'on leur eût donné les moyens d'y parer.

Mais dès qu'une donation a été faite avant le mariage, ne peut-on pas dire qu'elle en a déterminé la conclusion ; qu'il n'y a pas, à cet égard, de distinction à établir entre les donations faites dans le contrat de mariage et celles qui n'y sont pas contenues ? Ne peut-on pas être tenté de les faire bénéficier, les unes et les autres, des garanties spéciales qui sont écrites dans la loi ?

A l'opinion qui limite aux donations par contrat de mariage les règles exceptionnelles écrites dans la loi, on peut opposer deux systèmes très différents : l'un qui fait bénéficier toutes les donations antérieures au mariage des faveurs de la loi, l'autre qui n'applique aux donations contenues dans un autre acte que le contrat de mariage, qu'un petit nombre de dispositions exceptionnelles. Examinons d'abord ce second système.

C'est parce qu'elles rendent les mariages possibles que les donations faites aux futurs époux sont l'objet de règles spéciales : or, au nombre des textes qui édictent ces règles, il en est qui emploient l'expression de *donations en faveur du mariage*. Les dispositions comprises

dans ces textes seront applicables à toutes les donations antérieures au mariage qui, toutes, favorisent les mariages au même degré. Telle est la base du système défendu par M. Demolombe. Suivant lui, les immunités, soit de fond, soit de forme, que la loi accorde aux donations faites aux futurs époux, doivent être restreintes aux donations par contrat de mariage, soit que les textes emploient l'expression de constitution de dot, soit, à plus forte raison, qu'ils parlent de donation par contrat de mariage. Mais quand la loi se sert de l'expression *donation en faveur de mariage*, toute donation, par cela seul qu'elle est faite en vue du mariage et qu'elle est subordonnée à sa conclusion, doit être assimilée à la donation par contrat de mariage, sauf, toutefois, deux différences : d'abord, toute donation contractuelle est présumée faite en vue du mariage, et il faudrait une convention expresse pour qu'elle fût maintenue, même si le mariage ne se faisait pas ; tandis que, dans une donation ordinaire, cette subordination de la libéralité à la conclusion du mariage doit être exprimée ou résulter des circonstances. En second lieu, la donation contractuelle ne peut être faite qu'en vue d'un mariage déterminé ; une donation ordinaire peut être subordonnée à la conclusion d'un mariage quelconque (1).

Cette opinion me paraît inacceptable. L'expression de *donation en faveur du mariage* se rencontre dans trois textes du Code civil : dans les articles 959 et 960, relatifs à la révocation des donations pour cause d'ingratitude et de survenance d'enfant, et dans l'article 1088, qui déclare ces donations caduques si le mariage ne s'ensuit pas. Recherchant la valeur de leurs dispositions dans la question qui nous occupe, je fais une distinction qui

(1) **Demolombe, XX, 653. Cf. Coin-Delisle, sur l'art. 1088 C. civ.**

s'impose entre l'article 959 d'une part, et d'autre part les articles 960 et 1088. Ces deux derniers textes ne contiennent pas de dispositions dérogatoires au droit commun pour les donations par contrat de mariage ; en effet, l'article 960 les assimile aux donations ordinaires au point de vue de la révocation pour survenance d'enfant. De même de l'article 1088, qui déclare caduques les donations en faveur du mariage, quand le mariage ne s'ensuit pas : c'est l'application d'un principe général d'après lequel toute donation est caduque quand vient à défaillir la condition suspensive à laquelle elle était subordonnée. Je conviens donc sans difficulté qu'une donation ordinaire, faite en vue du mariage, sera, tout comme une donation contractuelle, soumise à la révocation pour survenance d'enfant, et à la caducité en cas de défaillance d'une condition: non pas qu'en cela elle emprunte les règles spéciales aux donations contractuelles auxquelles elle serait, à cet égard, assimilée ; mais parce qu'elle est, comme les donations contractuelles elles-mêmes, soumise au droit commun. Faire intervenir dans ce débat les articles 960 et 1088, qui sont dénués de toute portée, pourrait presque être qualifié d'étourderie. Je vais plus loin, et je prétends que pour donner un sens raisonnable à l'article 1088, il faut considérer qu'il vise exclusivement les donations contractuelles ; il dispose que ces donations, à la différence de ce qui était admis dans l'ancien droit (1), sont présumées faites sous la condition de la conclusion du mariage projeté. Dire d'une donation ordinaire faite sous la condition de la conclusion d'un mariage qu'elle serait caduque si le mariage ne se faisait pas, serait affirmer une vérité d'évidence.

(1) TESSIER, *Traité de la dot,* t. I, p. 63, note 101.

Reste l'article 959 qui, indubitablement, contient une règle dérogatoire au droit commun, puisqu'il soustrait les donations en faveur du mariage à la révocation pour ingratitude. Les donations ordinaires destinées à rendre possible un mariage seront-elles, à cet égard, assimilées aux donations contractuelles ; sont-elles conprises dans la formule de la loi ? C'est à ce point tout spécial que se réduit l'intérêt du système de M. Demolombe. La négative me paraît s'imposer. D'abord l'article 1088 qui, parlant des donations en faveur de mariage, ne peut raisonnablement s'entendre que des donations contractuelles, suffit à fixer le sens exact de l'expression. En outre, je reproduirai ici un argument que j'ai déjà fait valoir pour soustraire les donations entre futurs conjoints à l'application de l'article 959. L'irrévocabilité des donations en faveur du mariage se rattache à une série de dispositions dérogatoires au droit commun destinées à assurer le maintien des donations contractuelles (1). On ne comprendrait pas pourquoi les donations ordinaires en faveur du mariage emprunteraient une des règles des donations contractuelles et non les autres : d'autant que l'époux donataire est maître de ne pas donner ouverture à la révocation. Ajoutez que l'intérêt des enfants nés du mariage ne peut être invoqué ici avec la même force, car on ne prétendra pas, je suppose, qu'une donation ordinaire adressée à un futur époux soit censée faite aux enfants à naitre, comme une donation contractuelle.

Donc, l'emploi de l'expression de *donation en faveur du mariage* n'ayant rien de décisif dans notre question, il n'y a pas lieu de faire bénéfier une donation ordinaire de l'irrévocabilité plutôt que des autres immunités

(1) Voy. en particulier l'article 952 C. civ.

reconnues aux donations contractuelles. C'est ainsi que l'opinion de M. Demolombe nous conduit au système absolu qui fait participer toutes les donations antérieures à un mariage des mêmes immunités, non pas de forme, mais de fond, que les donations contractuelles. C'est une opinion singulièrement hardie et que cependant on se contente d'affirmer sans la justifier. Elle est admise par M. Demangeat dans une note du *Cours de droit commercial*, de Bravard (1). M. Guillouard la motive en ces termes : « Comme les donations contractuelles, elles (les donations ordinaires) ont déterminé le mariage ; elles méritent la même faveur (2). » C'est oublier que des dispositions dérogatoires au droit commun ne peuvent s'étendre par voie d'analogie. La loi ne pose pas en principe que toute donation qui a déterminé le mariage doit jouir de faveurs spéciales; mais elle déclare que les donations faites en une certaine forme, et ayant d'ailleurs déterminé le mariage, seront soustraites au droit commun. Elle met donc à la disposition des parties une donation de formes particulières : que si les époux se contentent d'une donation ordinaire, ils se soumettent au droit commun ; une donation, même fragile, a été pour eux un stimulant suffisant au mariage.

Ainsi réfutée la seule objection que l'on m'oppose, je puis, en faveur de ma thèse, faire valoir un motif très puissant. Les immunités attachées aux donations contractuelles n'appartiennent pas seulement à l'époux donataire ; quand la donation s'adresse à la femme, elles appartiennent en outre au mari, dans la mesure de ses

(1) Tome V, p. 216, note 2.

(2) GUILLOUARD, *Contr. de mar.*, t. I, n° 164. M. Guillouard cite, à l'appui de son opinion, M. LAURENT (XXI, n° 187) et MM. AUBRY et RAU (V, § 500). Ces savants professeurs ne partagent nullement sa manière de voir. Il résulte seulement de la note 10, p. 416, t. VII, que MM. Aubry et Rau suivent l'opinion de M. Demolombe sur l'art. 959.

droits. Le motif en est, selon moi, que le donateur a voulu que les biens donnés fussent grevés de certains droits au profit du conjoint de l'époux qu'il gratifiait; il l'a voulu par cela seul que ces droits lui étaient connus. Or, il n'a pu les connaître, ou, du moins, il ne les a connus certainement que s'il a donné dans l'acte même qui contenait les conventions matrimoniales. Dans l'opinion que je combats, il faudrait donc, tout au moins, réduire au conjoint donataire, sans en faire bénéficier l'autre époux, les immunités qu'on attacherait à la donation ordinaire qui a déterminé le mariage. Mais alors on est en plein arbitraire, on refait la loi de toutes pièces.

II

Une donation antérieure au mariage, mais non contenue au contrat de mariage, ne peut donc être qualifiée de constitution de dot ni être traitée comme telle ; il en est de même, et à plus forte raison, des donations faites aux époux au cours du mariage. Mais quoique les biens donnés n'aient pas été procurés à l'époux donataire en vue des charges du mariage, ou que l'intention du donateur à cet égard, dans le cas où elle aurait été manifestée, n'ait pas d'influence sur la nature de l'acte, en fait, les biens donnés se trouvent néanmoins affectés à l'acquittement de ces charges, comme tout le patrimoine du débiteur; ils sont soumis au régime matrimonial adopté : s'agissant en particulier des biens donnés au cours du mariage, le régime stipulé par les époux s'étend à leurs biens à venir; mais rien n'empêche qu'au moment du contrat, les parties aient adopté un régime différent pour leurs biens présents et pour leurs biens à

venir (1542). Quoi qu'il en soit, les biens qui adviennent aux époux pendant le mariage sont toujours soumis au régime qui leur a été de prime abord assigné (1); en vertu de l'incommutabilité des conventions matrimoniales, les époux n'en peuvent pas écarter les effets (1395). Si donc une donation a été faite à la femme au cours du mariage, et puisque les textes (1540) désignent sous le nom de dot son apport au mari, on devra convenir que la dot de la femme est augmentée au cours du mariage; et si la femme, en se mariant, n'avait aucune fortune, on peut dire que la dot est, non pas constituée, mais au moins créée pendant le mariage.

En quel sens l'article 1543 dispose-t-il donc que la dot ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage? On pourrait, se rappelant que les mots dot et constitution de dot ont une double signification, on pourrait dire que les donations faites aux époux, et spécialement les donations qui procurent à la femme les biens qu'elle apporte à son mari, ne jouissent des immunités particulières réservées aux constitutions de dot que si elles sont antérieures au mariage; mais que, tout au contraire, l'apport de la femme au mari peut être augmenté pendant le mariage. Ce serait une erreur; c'est l'apport même de la femme au mari que l'article

(1) Le Brun ne méconnait pas précisément ce principe; mais, par interprétation de la volonté des tiers constituants, il admet que les biens échus à un époux pendant le mariage peuvent être soumis à un régime qui n'avait été appliqué qu'aux biens donnés par contrat de mariage: « Que si un père, ayant donné une certaine somme à sa fille, avec une clause de réalisation, depuis et pendant le mariage lui a encore donné une somme d'argent, par augmentation de dot, sans réitérer cette stipulation de propre, et sans que la clause ordinaire que tout ce qui adviendra par donation ou succession sera propre ait été stipulée par contrat de mariage, on demande s'il faut sous-entendre cette même clause de stipulation de propres dans cet augment. » Le Brun décidait affirmativement (*Succes.*, II, I, 2, n° 51). Cette décision serait inacceptable aujourd'hui.

1543 défend d'augmenter pendant le mariage. Les précédents historiques, et la place qu'occupe l'article 1543 dans le chapitre consacré au régime dotal, nous révèlent que c'est bien la constitution de dot qui réalise l'apport de la femme au mari que la loi a en vue. La constitution de dot est entendue ici dans un sens étroit ; il s'agit de l'apport de la femme effectué sous une forme spéciale, dans un seul des régimes matrimoniaux.

Les biens acquis aux époux pendant le mariage sont soumis au régime que le contrat de mariage a établi : cela en vertu de l'incommutabilité des conventions matrimoniales. Ce principe qui s'impose aux époux ne lie pas les tiers au même degré ; ils peuvent en donnant, ou en léguant à un conjoint, régler comme ils l'entendent le sort du bien qu'ils lui font acquérir. Non seulement ils peuvent exclure de la communauté tel bien qui de sa nature aurait dû y tomber, et réciproquement, mais ils peuvent le soumettre à un régime différent. Les régimes matrimoniaux peuvent, en effet, être juxtaposés et appliqués divisément à différentes catégories de biens.

Toutefois, quand une disposition à titre gratuit est adressée à la femme, le disposant, en vertu d'une prohibition formelle écrite dans l'article 1543, ne peut conférer aux biens le caractère de dotalité, s'il ne leur est pas imprimé par le contrat (1) ; il est libre seulement de les soustraire à la dotalité qui résulterait pour eux du régime adopté. Le disposant ne peut déclarer que les biens donnés seront, au profit du mari, l'objet des droits qui résultent du régime dotal romain, avec les garanties exceptionnelles qu'il entraîne en faveur de la femme. A Rome, l'apport de la femme au mari était entre les

(1) L'art. 1543 ne peut pas s'adresser seulement aux époux, sans quoi il serait une répétition de l'art. 1395 : il s'adresse aux tiers.

mains de celui-ci, au moins en ce qui concernait les immeubles, frappé d'inaliénabilité. La dot pouvait cependant être constituée et augmentée pendant le mariage, sans que les tiers fussent exposés à des mécomptes; il leur suffisait de savoir que tels biens provenaient au mari de la femme pour en connaître la condition (1). Aujourd'hui, c'est le contrat de mariage qui règle le sort des biens de la femme; les procédés suivant lesquels ils peuvent être affectés aux charges du mariage varient presque à l'infini. Il ne suffit pas aux tiers de savoir que tel bien a été apporté en dot au mari, pour connaître les droits que celui-ci peut exercer; le contrat de mariage peut seul les leur révéler, et leur apprendre surtout que la fortune de la femme, soumise à la dotalité, est frappée d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, d'insaisissabilité. Ils courraient le plus grand danger si tel bien qu'à la lecture du contrat, ils avaient pu considérer comme leur gage, y avait été totalement soustrait par celui qui l'a mis dans la fortune de la femme. Une telle déclaration de dotalité est donc dépourvue d'effet à l'égard des tiers; mais j'estime qu'entre les époux, la volonté du disposant sera respectée dans la mesure du possible; et sans reconnaître à la femme les garanties exagérées, ni au mari les pouvoirs exceptionnels qui leur appartiennent sous le régime dotal, on lui attribuera la jouissance des biens donnés qui se trouveront soumis au régime d'exclusion de communauté (2).

(1) Dans les pays de droit écrit, comme à Rome, la dot pouvait être constituée et augmentée pendant le mariage. La Cour de cassation (Req., 24 juin 1813) a admis la validité de la constitution de dot faite pendant le mariage, dans un cas où elle était l'exécution d'une promesse faite avant cette époque. Dans l'espèce, la promesse de constituer la dot avait été faite par contrat de mariage dans l'ancien droit, alors que la constitution de dot au cours du mariage était possible.

(1) Le donateur peut, en effet, attribuer à l'objet donné quelques-unes des qualités des biens dotaux : le mari peut être investi de l'usufruit et

On peut critiquer l'article 1543 et trouver sa mesure incomplète ; sans soumettre les biens donnés à la femme au régime dotal, le disposant peut les affecter au gage des créanciers du mari dans une moindre mesure que ne fait le contrat. Mais la loi ne protège les tiers que lorsque leur intérêt est particulièrement menacé ; c'est l'idée qu'on retrouve dans la loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage, d'après laquelle les effets du régime dotal sont seuls écartés quand les tiers, par la fraude des époux, ont cru qu'il n'avait pas été fait de contrat.

III

Bornons-nous donc à l'étude de la constitution de dot, de la donation contenue dans le contrat de mariage et adressée à l'un des époux. Elle présente deux particularités importantes, déjà signalées plus haut : elle détermine les époux à contracter mariage, et, à ce titre, elle mérite d'être encouragée, d'être dégagée des entraves gênantes dont est entourée la conclusion des donations ordinaires. Mais voici en quel sens la constitution de dot facilite le mariage : elle procure aux époux les ressources suffisantes pour parer aux besoins de la vie conjugale ; elle a lieu à la condition que les époux assu-

de la jouissance des biens donnés. Mais les pouvoirs exorbitants qui appartiennent au mari sous le régime dotal ne peuvent lui être reconnus, ni les garanties exceptionnelles qu'il entraîne être accordées à la femme. En particulier, l'inaliénabilité ne peut être attachée aux biens donnés ; sauf que la stipulation devrait sans doute être respectée, si le donateur l'avait écrite dans son intérêt ou dans celui de sa famille, et, en particulier, s'il avait déclaré que le bien ne pourrait être aliéné que de son consentement. Mais, alors, lui seul, et non pas la femme, pourrait demander la nullité de l'aliénation, si elle avait lieu.

meront ces charges; les époux se marient parce qu'on leur en donne le moyen. Elle produit en conséquence quelques effets des actes à titre onéreux; elle participe même, dit-on, de la nature des actes à titre onéreux.

Il importe de se fixer de prime abord sur l'exactitude de cette formule. Quand une femme, par un acte que nous avons décrit, apporte une dot à son mari, l'opération est indubitablement onéreuse; chacune des parties se procure un avantage qui est la compensation du sacrifice auquel elle s'est soumise. Au contraire, quand une constitution de dot est faite par un tiers à un futur époux, on ne rencontre plus les éléments d'un acte à titre onéreux. Je reconnais volontiers que l'époux assume les charges du mariage parce qu'on le dote; que la dot lui est adressée pour qu'il se marie et à cette condition, et qu'en un mot les charges du mariage absorbent l'émolument de la donation. Mais le donateur ne bénéficie pas du mariage; ce n'est pas vis-à-vis de lui que l'époux doté contracte des obligations.

On a même contesté que la dot eût aucun rapport avec les charges du mariage, qu'elle en fût l'équivalent; sur ce point, il faut rétablir la vérité. On a dit que l'époux doté n'assumait pas les charges du mariage parce qu'il était doté, mais parce qu'il se mariait; car un époux sans dot, tout autant qu'un époux doté, est tenu des devoirs d'époux et de père qui dérivent du mariage lui-même et des prescriptions de la loi (1). Je réponds, sans aucune subtilité, que les époux sont tenus des charges du mariage parce qu'ils se sont mariés, mais qu'ils se sont mariés parce qu'on les dotait; c'est à cause de la dot qu'ils ont procédé à l'acte qui devait être pour eux une source de charges. Tant que le mariage ne sera pas

(1) Arg. des articles 203 et 214 C. civ. (Rennes, 10 juillet 1843.)

obligatoire, imposé par la loi, cette réponse sera péremptoire.

Reste donc seulement l'objection que je présentais plus haut : comment déclarer onéreux un acte qui ne procure à l'une des parties aucun bénéfice, aucun équivalent de sa prestation (1) ? L'acte à titre onéreux se caractérise par un échange de services et de valeurs ; dans les actes à titre onéreux, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation ou de la dation d'une des parties est l'obligation ou la dation de l'autre partie. Décomposons la constitution de dot, en admettant, pour un instant, que l'acquisition de l'époux doté a sa cause dans les obligations auxquelles il s'est soumis, puisque nous avons reconnu entre elles une réelle correspondance. L'objet de l'obligation ou de la dation du constituant consiste dans les valeurs promises ou données en dot ; et la cause des obligations de l'époux doté consiste dans l'acquisition des valeurs qui lui sont fournies ; mais la cause de l'obligation ou de la dation du constituant ne peut être que son intention généreuse, tandis que l'objet de l'obligation de l'époux doté, ce sont les charges du mariage, et dès lors l'objet de l'obligation d'une des parties n'est pas la cause de l'obligation de l'autre. Ainsi analysée, l'opération est boiteuse et ne se tient pas ; c'est un acte qu'on ne peut ni qualifier ni expliquer ; on n'y découvre ni les éléments d'un acte à titre onéreux ni les éléments d'un acte à titre gratuit (2). Pour rendre

(1) Art. 1105 et 1106 C. civ.

(2) Qu'on n'aille pas en conclure que l'acte est mixte ; un acte mixte est celui qui réunit les conditions de deux actes de nature différente et produit concurremment leurs effets. Un acte ne peut être à la fois onéreux et gratuit, c'est-à-dire remplir des conditions qui s'excluent et produire des effets contradictoires. Et comme tout acte est nécessairement onéreux ou gratuit, celui qui ne présente pas les caractères requis pour être rangé dans l'une ou l'autre de ces deux catégories est un non-sens.

cet acte intelligible, il faut reconnaître qu'il est de sa nature gratuit ; que les charges du mariage ne sont pas la cause de l'acquisition de l'époux doté, la cause de la constitution de dot ; que cet acte a sa cause uniquement dans la volonté généreuse du constituant.

Les charges du mariage, dont l'importance ne peut cependant pas être méconnue, se réduisent donc aux proportions d'un simple mode, d'une charge mise à une donation. Mais il faut avouer que cette charge présente des particularités notables.

On sait que la charge apposée à une libéralité en altère le caractère gratuit. Voici, en peu de mots, les effets que les interprètes lui attachent. Si la charge imposée au donataire absorbe l'émolument intégral de la libéralité, l'acte n'a de la donation que le nom : c'est un véritable marché à titre onéreux, si la charge est inscrite dans l'intérêt du donateur; si elle est insérée au profit d'un tiers, l'acte se ramène généralement à un mandat, contrat gratuit, à la vérité, mais dans lequel le bénéficiaire est justement le prétendu donateur ; quitte à rechercher, dans ce dernier cas, à quel titre le tiers qui peut se prévaloir de la charge a été investi du droit d'en poursuivre l'exécution, s'il est vis-à-vis du disposant un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit.

Si la charge est inférieure au montant de la libéralité, j'estime que l'acte, dans son ensemble, doit être traité comme une donation ; le donataire sera considéré comme un acquéreur à titre gratuit, sans pouvoir prétendre que dans la mesure de la charge, dans la mesure de l'équivalent qu'il a fourni au donateur ou à un tiers, il doit être traité comme un acquéreur à titre onéreux. La révocation, la réduction, le rapport, atteindront la donation comme si elle était égale au chiffre porté au contrat ; mais il sera dû au donataire une indemnité re-

présentative du service qu'il a rendu ou de l'objet qu'il a fourni.

Revenons aux charges du mariage. A mon sens, la loi les répute proportionnelles à la dot dont elles sont l'occasion : il faut présumer qu'elles absorbent l'émolument intégral de la libéralité. Sommes-nous donc en présence d'un acte à titre onéreux, puisque, avons-nous dit, tel est le caractère qu'il faut reconnaître à la donation avec charge, lorsque cette charge prive de tout bénéfice le prétendu donataire ? Je ne le pense pas. En effet, la charge n'est pas écrite dans l'intérêt du donateur, du constituant de la dot. Dira-t-on qu'elle est écrite dans l'intérêt d'un tiers qui serait, par exemple, le conjoint de l'époux donataire, ou les enfants à naître du mariage ? La dot leur profite, je n'en disconviens pas ; mais rappelons-nous que dans les donations avec charge au profit d'un tiers, le tiers, qui peut en invoquer le bénéfice, doit être considéré comme l'ayant-cause du donateur, et être traité comme un acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant que le disposant a voulu le payer de ce qu'il lui devait ou lui faire une libéralité (1). Or, le constituant de la dot n'était tenu d'aucune obligation vis-à-vis du conjoint de l'époux doté ou des enfants à naître du mariage ; il ne reçoit d'eux aucun équivalent, pas plus que de l'époux doté lui-même ; et, cependant, eux non plus ne sont pas traités comme des acquéreurs à titre gratuit. Nous ne rencontrons donc pas l'application des règles ordinaires de la donation avec charge au profit d'un tiers. Mais, bien plus, il y a telle hypothèse où la constitution de dot, qui n'est jamais une

(1) « Il est bien entendu que si les charges sont établies en faveur d'un tiers au regard duquel elles constituent une libéralité, cette libéralité sera régie, quant au fond, par les règles relatives aux donations entre vifs. » (AUBRY et RAU, *Droit civ. français,* t. VII, p. 378, note 13.)

donation avec charge au profit du constituant, n'apparaît même pas comme subordonnée à l'accomplissement d'une charge vis-à-vis d'un tiers : ainsi en est-il quand le mariage est dissous et qu'il n'en est pas né d'enfants. En pareil cas, cependant, l'époux doté continue à être traité comme un acquéreur à titre onéreux. On peut donc dire que l'époux doté est considéré comme un acquéreur à titre onéreux, par cela seul qu'il s'est placé dans une certaine situation d'où pouvaient résulter pour lui des devoirs : devoirs bien plutôt moraux que légaux, car on n'aperçoit guère comment il pourrait être contraint à les remplir s'il voulait s'y soustraire.

A mesure que nous recherchons et poursuivons les éléments requis d'un acte à titre onéreux, ils se dérobent et nous échappent. Force nous est donc de reconnaître que la constitution de dot est un acte gratuit ; autrement, il faudrait soutenir que la simple indication de l'emploi à faire de certains biens compris dans une donation, quand c'est là une condition même de cette donation, constitue une charge, et imprime à l'acte le caractère onéreux, alors même que ce serait à l'utilité du donataire lui-même que les biens donnés devraient être employés.

La constitution de dot est donc un acte gratuit, car les charges du mariage n'en sont pas la cause. A Rome, cette formule n'était employée que par un abus de langage, et personne ne se méprenait sur sa véritable portée.

Comment expliquer dès lors que la constitution de dot soit soustraite à certains effets des actes à titre gratuit ? Il faut dire simplement que la loi, pour rendre la constitution de dot plus propre au but qu'elle vise, plus apte à déterminer les époux au mariage, lui confère une stabilité particulière ; elle rassure les futurs époux en les mettant

à l'abri de divers événements qui priveraient un acquéreur à titre gratuit ordinaire du bénéfice de la libéralité. Il se trouve que, pour atteindre ce but, la loi fait produire à la constitution de dot quelques effets d'un acte à titre onéreux. J'aime mieux cette formule que celle qui qualifierait la constitution de dot d'acte participant dans une certaine mesure de la nature des actes à titre onéreux. Quels effets devraient être rattachés au caractère que l'acte revêt dans une mesure peu précise ? Mieux vaut dire que la loi les a déterminés elle-même, et qu'il faut lui obéir à la lettre ; d'autant que les conséquences attachées à la constitution de dot dépassent parfois les effets habituels des actes à titre onéreux (1).

S'il était besoin d'expliquer juridiquement comment la loi a pu attacher à la constitution de dot certains effets des actes à titre onéreux que de sa nature elle n'entraînait pas, voici ce que l'on pourrait dire : Le constituant est censé, en ce qui le concerne, avoir abdiqué les avantages que lui aurait procurés le caractère gratuit de l'opération ; mais il n'a pu faire semblable renonciation au préjudice d'autres personnes qui auraient à se prévaloir de la nature véritable de l'acte. Cette distinction n'est pas rigoureusement exacte : nous verrons que le disposant ne doit pas à tous égards être traité comme un aliénateur à titre onéreux, et que c'est seulement vis-à-vis de ses héritiers, et non de ses créanciers chirographaires, que la constitution de dot conserve son véritable caractère. Cependant, cette formule rend assez bien compte de la loi et la justifie d'attacher d'autorité les effets des actes à titre onéreux à un acte gratuit. C'est là, du reste, toute sa portée : il ne faudrait pas s'en servir pour étendre ou interpréter la loi ; encore

(1) Cela fait allusion au cours de plein droit des intérêts de la dot.

une fois, il ne faut reconnaître à la constitution de dot que ceux des effets des actes à titre onéreux qu'une tradition constante ou un texte formel obligent à lui attribuer.

Ainsi compris la nature et les effets de la constitution de dot, nous ramènerons à une idée commune les deux séries de dispositions dérogatoires au droit commun dont elle est l'objet : la faveur de la loi qui, d'une part, facilite sa formation, et, d'autre part, assure son maintien, sa stabilité. Les immunités de forme, telles que la dispense d'acceptation expresse, et la faculté de faire des donations de biens à venir, si elles tendent au même but, sont sans influence sur la nature de la constitution de dot dont elles n'altèrent pas les effets ; nous ne nous en occuperons pas. Au contraire, les dispositions qui tendent au maintien de la donation, une fois faite, font produire à la constitution de dot des effets contraires à sa nature, et la rapprochent des actes à titre onéreux ; historiquement, on peut dire qu'ils s'expliquent par le caractère onéreux qn'on avait cru devoir attribuer à l'opération. Nous aurons donc à passer en revue les effets de la constitution de dot, énumérant d'abord les conséquences exceptionnelles que la loi en fait découler, indiquant ensuite les effets que sa nature entraîne (1).

Mais auparavant, on peut se demander dans quelle catégorie doit se ranger une disposition exceptionnelle, celle de l'article 959, qui soustrait les donations en faveur de mariage à la révocation pour cause d'ingratitude. Nous avons par deux fois parlé de ce texte pour en limiter la portée ; il ne vise que les donations faites par un tiers à un futur époux, dans le contrat de mariage.

(1) Nous parlerons du *caractère onéreux* de la constitution de dot pour désigner les effets exceptionnels qu'elle produit. Après les explications qui précèdent, l'emploi de cette expression, qui est traditionnelle, ne peut prêter à aucune équivoque.

On se demande parfois si cette disposition s'explique par la faveur due à la constitution de dot ou par son caractère onéreux. La question ne me paraît pas bien posée, puisqu'à mon avis, c'est la faveur due à la constitution de dot qui explique toutes les immunités de fonds et de forme dont elle est l'objet. Cela dit, il est manifeste que l'article 959 n'a pas pour but de rendre plus faciles et plus fréquentes les constitutions de dot ; un donateur se dépouille d'autant moins volontiers, qu'il sait n'avoir aucun espoir de recouvrer ce qu'il a donné. M. Demolombe rend compte de notre texte par cette idée que les peines sont personnelles et que la révocation occasionnée par l'ingratitude du donataire aurait causé un préjudice injuste à son conjoint et à ses enfants. L'explication serait satisfaisante si le conseil d'Etat n'avait écarté l'article du projet de la commission, d'après lequel la révocation pour ingratitude faisait tomber les droits du donataire en respectant ceux de son conjoint et de ses enfants. Mieux vaut dire que l'article 959 a pour but de déterminer plus sûrement les époux au mariage, en leur garantissant le maintien de la donation. Est-ce une raison pour le ranger dans la série des textes qui attachent à la constitution de dot les effets d'un acte à titre onéreux ? Je ne le pense pas : en droit romain, cette irrévocabilité était considérée comme un effet des actes à titre onéreux que la considération des charges du mariage avait fait rattacher à la constitution de dot. Aujourd'hui, la loi attribue à la constitution de dot les effets plutôt que la nature d'un acte à titre onéreux ; il est cependant légitime de prétendre que ces effets, quand une tradition constante y a vu la conséquence du caractère onéreux de la constitution de dot, lui impriment encore, par leur réunion, un caractère onéreux artificiel. Mais à l'égard de la révo-

cation pour ingratitude, la tradition a été interrompue ; pendant tout l'ancien droit, la révocabilité était devenue la règle des donations contractuelles ; en revenant à la pratique romaine, les rédacteurs du Code ont obéi à une considération d'équité, et cédé aux réclamations des interprètes de l'ancien droit ; ils n'ont pas songé à rétablir une conséquence qui devait être attachée à la constitution de dot conformément à sa nature. Le caractère onéreux de la constitution de dot n'a donc rien à faire avec les dispositions de l'article 959. En conséquence, dans l'opinion qui applique ce texte à d'autres libéralités qu'aux donations contractuelles, on n'est pas autorisé à admettre que ces libéralités, étant soumises à l'article 959, doivent bénéficier des immunités exceptionnelles attachées à la constitution de dot en qualité d'acte à titre onéreux. Nous ne reviendrons donc pas sur l'article 959 quand nous ferons connaître les effets des donations contractuelles.

Dans toute cette discussion, c'est seulement aux charges du mariage que nous avons cherché à prêter le rôle et l'importance d'un équivalent de la dot, pour attribuer à l'acte qui nous occupe le caractère onéreux. Il ne peut pas, comme à Rome, emprunter ce caractère à une autre circonstance. En supposant que la constitution de dot soit l'œuvre d'un ascendant de l'époux doté, nous ne pouvons prétendre qu'il y ait là acquittement d'une obligation : l'enfant n'a pas d'action pour obtenir de ses père et mère un établissement par mariage (204 C. civ.). Je ne pense même pas qu'on puisse dire que les père et mère soient tenus de l'obligation naturelle de doter leurs enfants. On a cru devoir faire intervenir l'idée d'une obligation naturelle pour expliquer diverses dispositions légales. Les articles 1438 et 1439, quand la dot a été constituée au profit d'un enfant par

l'un des époux ou par tous deux conjointement, déterminent dans quelle mesure ils sont censés avoir pris part à la constitution : les présomptions qu'établit la loi reposent sur cette idée que les époux ont dû vouloir s'acquitter également du devoir qui leur incombait. Or, ces présomptions se justifient aussi bien par l'idée d'une obligation morale qu'un père et une mère sont toujours réputés vouloir remplir, que par l'idée d'une obligation naturelle que le débiteur est toujours maître de ne pas exécuter.

On invoque encore dans ce débat l'article 1469, aux termes duquel chaque époux doit récompense des sommes qu'il a tirées de la communauté pour doter un enfant d'un autre lit ou pour doter personnellement un enfant commun. L'argument qu'on en tire est particulièrement spécieux, si on suppose que la constitution de dot émane du père (1) : aux termes de l'article 1422, il peut disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier sans devoir récompense à raison de ce fait ; s'il dote un étranger, il ne devra pas récompense, tandis que l'article 1469 le soumet à récompense s'il a doté un de ses enfants. C'est donc qu'en dotant, il s'est enrichi, en s'exonérant d'une obligation naturelle qui le grevait. Mais l'argument tiré de l'article 1469 ne me paraît pas décisif ; et sans même supposer que la constitution de dot a enrichi le donateur en l'exonérant d'une obligation naturelle, la récompense s'explique par le seul fait que le rapport est dû à sa succession, et qu'il a éven-

(1) On peut, en supposant la dot constituée par la femme, tirer de l'article 1469 un argument tout aussi fort, si on admet que la femme a dans la communauté les mêmes droits que le mari, sauf qu'elle ne peut en user qu'avec l'autorisation maritale. La femme, si elle a doté un de ses enfants avec les biens communs, sera tenue d'une récompense qu'elle ne devrait pas si elle avait doté un étranger.

tuellement droit au retour légal, pour des biens qui ne sont pas sortis de son patrimoine.

D'ailleurs, l'intérêt de la question me semble bien mince ; à supposer que les père et mère soient tenus de l'obligation naturelle de doter leurs enfants, qu'en résultera-t-il ? L'intérêt qu'il y a d'ordinaire à distinguer l'acquittement d'une obligation naturelle d'une donation consiste à savoir si les règles de forme et de fond des donations devront être suivies. Or, il est certain qu'en la forme, il faudra obéir aux règles de la loi sur les donations contractuelles, et qu'au fond, l'acte produira les effets des actes onéreux attachés aux donations contractuelles, en même temps que les effets qui résultent de leur caractère habituel de gratuité. Toute la controverse se ramène donc à savoir si un père (ou une mère) qui a constitué une dot, dans la croyance qu'il y était tenu par la loi, peut répéter ce qu'il a fourni ; il ne le peut certainement pas, s'il a acquitté une obligation naturelle ; mais je crois même que la négative s'impose dans tous les cas.

IV

Nous avons recherché, à un point de vue purement théorique, comment pouvait se justifier le caractère onéreux qu'on prête d'ordinaire à la constitution de dot; si nous n'avons pu découvrir en elle les éléments d'un acte à titre onéreux, du moins avons-nous constaté que la loi lui en attribuait les effets. Demandons-nous maintenant qui peut se prévaloir des conséquences ainsi attachées à la constitution de dot.

Les interprètes sont loin de s'entendre sur le point de

savoir à l'égard de qui la constitution de dot est onéreuse ; est-ce à l'égard de l'époux auquel elle s'adresse principalement, sans distinguer entre le mari et la femme, ou faut-il faire entre eux une distinction ? Est-ce à la fois à l'égard de l'époux doté et de son conjoint, dans la mesure des droits qu'il tient du contrat sur les biens constitués en dot ?

Que la constitution de dot, telle que le droit français la comprend, puisse s'adresser au mari comme à la femme, c'est ce que j'ai surtout voulu démontrer en étudiant l'ancien droit. Point de doute que la donation contractuelle faite à l'un ou à l'autre époux jouisse des immunités de forme écrites dans la loi ; et quant au fond, l'article 1440, qui énonce les deux conséquences les plus saillantes du caractère onéreux de la constitution de dot, clôt une série de textes qui s'occupent de la dot constituée par des père et mère à leur *enfant*, c'est-à-dire à un fils comme à une fille [1].

L'impression première qui se dégage de la lecture du Code est donc que l'époux, bénéficiaire principal d'une donation contractuelle, peut se prévaloir des effets dérogatoires au droit commun qui sont attachés par la loi à la constitution de dot. Tel n'était pas l'avis de nos anciens auteurs, qui n'accordaient ce droit qu'au mari vis-à-vis du constituant de la dot de sa femme. Cette opinion est encore professée par quelques interprètes du droit moderne ; la jurisprudence y est absolument opposée, et traite à certains égards l'époux doté, lui-même, comme un acquéreur à titre onéreux. Je vais m'efforcer d'établir l'exactitude du système que la pratique a consacrée, et de démontrer que l'époux dona-

(1) Il faut avouer que l'article 1546, qui est immédiatement suivi de deux textes reproduisant les dispositions de l'article 1440, parle d'une fille dotée.

taire à titre de constitution de dot doit logiquement être traité comme est traité le mari, dans la mesure des droits qu'il a acquis à titre de dot sur les biens constitués à la femme. L'acquisition de l'un et de l'autre doit emprunter à la même circonstance, aux charges du mariage, le caractère onéreux.

Il est un premier point sur lequel on semble d'accord. L'acte par lequel est effectué l'apport de la femme au mari étant certainement onéreux, il en résulte que les droits acquis au mari, en vertu du contrat de mariage, sur les biens constitués en dot à la femme, lui proviennent *ex causa onerosa*. C'est pour soustraire le mari aux conséquences de l'action paulienne exercée par les créanciers du constituant qu'on présente ainsi l'opération; il faut reconnaître qu'on atteint parfaitement le but visé et que le mari, en qualité de sous-acquéreur à titre onéreux, n'est pas exposé à l'action paulienne s'il a été de bonne foi, quelle que soit du reste la nature de l'acquisition faite par la femme. Mais aussi la solution à laquelle ce raisonnement nous conduit n'a-t-elle aucune valeur pour notre question, qui se trouve éludée, mais non tranchée, car on fait abstraction de la constitution de dot pour s'attacher aux effets d'un acte qui en est indépendant; l'exclusion de l'action paulienne n'est nullement la conséquence du caractère onéreux de la constitution de dot.

S'il suffit de considérer le mari comme l'ayant-cause de la femme, pour le soustraire à l'action révocatoire, on ne parvient pas par ce moyen à expliquer que certains effets de la constitution de dot adressée à la femme se produisent directement en sa personne. Le constituant de la dot est tenu à garantie; il doit de plein droit, du jour du mariage, les fruits et intérêts de la dot. Personne ne contestera, je suppose, que le mari à qui la

femme a apporté les biens qui lui étaient donnés, ne puisse se prévaloir des textes qui imposent au donateur ces obligations exceptionnelles (1440, 1547 et 1548 C. civ.). C'est là un point de tradition constante (1), et, bien que la loi ne s'en explique pas formellement, aucune contestation n'est possible. Or le mari, en la seule qualité d'ayant-cause à titre onéreux de sa femme, serait réduit à des moyens d'action bien imparfaits; il exercerait les droits de sa débitrice et subirait le concours des autres créanciers de celle-ci; bien mieux, il y a telle circonstance où le mari ne pourrait exiger du constituant le paiement des intérêts ou la garantie d'éviction, faute qu'ils lui fussent dus par la femme. Encore une fois, personne n'a songé à contester que le mari pût se prévaloir, à l'encontre du constituant de la dot de sa femme, des effets attachés à la constitution de dot par l'article 1440 du Code civil. Bien que la constitution de dot soit adressée à la femme, et que ce soit uniquement de la femme que le mari tienne ses droits, au point de vue de la garantie et du cours des intérêts, on le traite comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant : je soutiens donc qu'au point de vue de l'action paulienne, il faut aussi le traiter comme tel, sans qu'il soit besoin de le considérer comme un sous-acquéreur à titre onéreux.

Reconnaissons, en effet, qu'en toute cette matière, l'influence de la dot romaine a été prépondérante; déjà nos anciens auteurs, faute d'analyser exactement la dot coutumière, traitaient le mari de la femme dotée comme l'ayant-cause à titre onéreux du constituant; le Code civil fait de même, tout en consacrant le droit

(1) Dans l'ancien droit, c'était même le mari seul qui pouvait se prévaloir de ces avantages.

dotal des pays coutumiers. Je pense qu'on peut néanmoins lui prêter un système logique et harmonieusement combiné.

Il ne faut pas exagérer l'idée d'après laquelle la constitution de dot adressée à la femme n'est qu'une donation dont la femme elle-même, et elle seule, transporte ensuite l'émolument au mari. Ces deux opérations sont distinctes, à la vérité ; mais si le constituant de la dot joue le rôle principal dans la première, il n'est pas étranger à la seconde. Le droit romain nous a fourni une situation analogue à celle que nous rencontrons ici : la constitution de dot était essentiellement l'attribution de certains biens au mari *ad sustinenda matrimonii onera ;* or, dans cet acte, nous avons découvert une acquisition procurée à la femme que nous avons déclarée, à raison de cet avantage, donataire du constituant. Le constituant est donateur de la femme par cela seul qu'il a su que les biens donnés lui seraient en définitive attribués et qu'il a voulu ce résultat. Ici, nous avons une situation inverse, mais très analogue : la constitution de dot est devenue avant tout une donation faite à un futur époux à l'occasion de son mariage; mais quand cette libéralité s'adresse à la femme, presque forcément le régime matrimonial transporte au mari des droits plus ou moins étendus sur les biens qui forment la dot. A la vérité, ce sont les époux qui arrêtent les conventions matrimoniales, et c'est de la femme seule que le mari tient ses droits. Mais le constituant de la dot a connu les conventions matrimoniales et y a acquiescé ; on peut dire que c'est grâce à lui que le mari a acquis ses droits; il a donné à la femme pour que le mari eût des ressources, comme à Rome il donnait au mari pour que la femme recueillît les biens dotaux une fois le mariage dissous.

Quand je dis que le constituant de la dot a connu les stipulations du contrat de mariage, je ne constate pas un fait de pratique constante, mais un résultat que la loi a voulu et qui se produit nécessairement. Le constituant a parlé au contrat, puisque la dot ne peut être constituée que par contrat de mariage; il a connu les stipulations du contrat au moment où elles intervenaient, et tous changements et contre-lettres ont dû en être approuvés par lui, à peine de nullité (1396 C. civ.). Libre de ne pas doter, il a certainement approuvé le régime adopté, il a consenti à ce que le mari acquît tels ou tels droits; il a voulu qu'il en fût investi. Cet acquiescement du constituant au régime adopté est tellement essentiel que l'art. 511 C. civ. réserve au conseil de famille d'un interdit, qui constitue une dot à l'enfant de celui-ci, le droit de contrôler les conventions matrimoniales, de peser sur les stipulations du contrat de mariage, comme le constituant l'aurait fait lui-même, s'il eût été capable.

Un rapprochement fera saisir ce que l'observation précédente a d'exact. Si un tiers fait une donation à une femme mariée, il est maître de soumettre les biens donnés à une autre régime que celui qui résulte du contrat de mariage : la femme avait-elle stipulé la séparation de biens, le donateur déclare que les valeurs qu'il lui donne seront soumises au régime de communauté ou au régime d'exclusion de communauté. Est-il possible de nier qu'en pareille hypothèse, si, en droit, le mari est l'ayant-cause de sa femme, en fait, il soit redevable de ses droits au tiers donateur, puisque c'est ce tiers qui, pour lui conférer certains avantages, a écarté le régime stipulé par la femme? L'action du tiers est si manifeste et si décisive, qu'on serait presque tenté de déclarer le mari ayant-cause du donateur, et ayant-cause à titre gratuit,

puisque l'acte qui nous occupe, intervenu au cours du mariage, ne peut être qu'une pure donation. Ce serait téméraire ; mais, la tradition aidant, on peut soutenir, au contraire, que le mari d'une femme dotée est, quant à ses droits, l'ayant-cause du constituant ; car la volonté de ce dernier a pu avoir une influence prépondérante sur la fixation des droits du mari.

Un premier point peut donc être considéré comme acquis : dans la mesure des droits qu'il obtient sur les biens constitués en dot à sa femme, le mari est l'ayant-cause à titre onéreux du constituant.

La constitution de dot produira encore ses effets onéreux à l'égard de l'époux qui en est le bénéficiaire direct, soit le mari, soit la femme. Sur ce point, les avis sont très partagés. En tous cas, je repousse sans hésiter l'opinion qui voudrait traiter différemment la constitution de dot qui s'adresse au mari et celle qui s'adresse à la femme. Les charges du mariage sont le motif, le prétexte du caractère onéreux attaché à la constitution de dot ; or, dans notre droit, les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir et d'élever leurs enfants ; ils assument donc, dans la même mesure, des charges que la dot les aide à porter. Après la dissolution du mariage, les devoirs moraux et les obligations légales qui incombent au survivant des époux sont absolument les mêmes, qu'il s'agisse du mari ou de la femme ; et, même pendant le mariage, cette dernière peut être contrainte de pourvoir aux besoins de la famille dans une proportion plus forte que celle qu'avait fixée le contrat. Il serait donc injuste qu'elle pût être trompée dans ses calculs et privée des ressources sur lesquelles elle avait compté. Une femme qui comprend ses devoirs et qui veut pouvoir les remplir hésitera autant qu'un homme prudent à contracter un mariage

dont les charges excèdent ses moyens: la dot qui l'a décidée au mariage doit donc lui être conservée (1).

Une opinion plus sérieuse est celle qui refuse au bénéficiaire de la constitution de dot, mari ou femme, la situation d'ayant-cause à titre onéreux du constituant. Elle n'en donne pas de motif spécial, mais invoque seulement la raison d'une portée très générale, pour laquelle nous avons dénié à la constitution de dot la nature d'acte à titre onéreux : le constituant ne reçoit pas d'équivalent, et un acte par lequel une des parties s'appauvrit ne peut être que gratuit. On voit le vice de ce raisonnement : il faut bien cependant que la constitution de dot produise à l'égard de quelqu'un les effets exceptionnels que la loi lui attribue. Dira-t-on qu'elle les produit vis-à-vis du mari, et quant aux droits qu'il acquiert sur les biens constitués à sa femme ? Je ferai à cela plusieurs réponses. D'abord, la constitution de dot adressée à la femme pourra seule produire certains effets des actes onéreux ; et, cependant, dans notre droit, la constitution de dot, qui ne se distingue des donations que par les effets exceptionnels que la loi y attache, peut s'adresser au mari ou à la femme, peut être faite par les père et mère à l'un quelconque de leurs enfants, fils ou fille (arg. art. 1438, 1439, 1469, etc.). En outre, la constitution de dot adressée à la femme, et considérée au point de vue spécial des droits qu'elle procure au mari, ne présente pas plus les éléments d'un acte à titre onéreux que la donation contractuelle faite à l'un des époux, puisque, comme nous l'avons démontré, le mari ne peut pas être considéré uniquement comme l'ayant-cause à titre

(1) Quant à l'opinion qui, à l'inverse de la précédente, veut traiter le mari doté comme un acquéreur à titre gratuit, et la femme dotée comme un acquéreur à titre onéreux, je ne sais sur quoi elle se fonde.

onéreux de la femme dotée, et qu'il faut voir en lui l'ayant-cause direct du constituant : or, le constituant ne reçoit pas plus d'équivalent du mari de la femme dotée que de la femme elle-même. Les charges du mariage peuvent seules être alléguées pour justifier à son égard le caractère onéreux de la constitution de dot ; elles doivent donc suffire à faire produire à cet acte ses effets onéreux à l'égard de l'époux doté lui-même, mari ou femme.

Qu'on ne nous reproche pas d'étendre par voie d'analogie les dispositions de la loi : les art. 1440, 1547 et 1548 ne disent pas à l'égard de qui la donation contractuelle produira certains effets des actes à titre onéreux ; la tradition et la raison commandent d'en faire l'application au mari dans la mesure des droits qu'il a acquis sur les biens donnés à la femme ; mais la teneur même de ces textes n'implique-t-elle pas qu'ils pourront être invoqués par l'époux doté lui-même ? Donc, la constitution de dot doit être considérée comme un acte à titre onéreux vis-à-vis de l'époux doté ; et, en conséquence, il pourra non seulement invoquer les dispositions de l'article 1440, mais il pourra prétendre avec succès être traité comme un acquéreur à titre onéreux au point de vue de l'action paulienne. Il est, en effet, de tradition constante que c'est là une des conséquences du caractère onéreux de la constitution de dot.

Mais c'est seulement le conjoint bénéficiaire direct de la constitution de dot, et le mari d'une femme dotée, dans la mesure des droits par lui acquis à titre de dot sur les biens constitués à sa femme, qui verront se produire en leur personne les effets onéreux de la constitution de dot. Il ne faut pas exagérer ni étendre l'idée suivant laquelle le mari est l'ayant-cause du tiers qui a doté sa femme ; il faut bien se garder de prétendre

que chaque époux, pour les droits qu'il a obtenus du contrat de mariage sur les biens constitués en dot à son conjoint, pourra se dire l'ayant-cause à titre onéreux du constituant. Voici comment on pourrait être tenté de raisonner : le constituant de la dot n'a pas seulement connu et approuvé les conventions matrimoniales qui réglaient l'apport de la femme; il a connu toutes les stipulations qui opéraient entre les époux des déplacements de valeurs, et il y a acquiescé ; ne faut-il pas dire, comme nous le reconnaissions à propos de la contribution fournie par la femme, que l'auteur de la donation contractuelle est censé avoir procuré lui-même au conjoint de l'époux doté les droits dont il est investi sur les biens donnés? D'autre part, comme l'un ou l'autre époux, mari ou femme, est à certains égards traité comme un acquéreur à titre onéreux du tiers qui, par contrat de mariage, lui a fait une donation principale, directe, pourquoi chaque époux ne serait-il pas acquéreur à titre onéreux, à raison des droits accessoires qu'il tiendrait de l'auteur d'une constitution de dot adressée à son conjoint? Les droits qu'il peut obtenir par suite d'une libéralité dont il n'est pas le bénéficiaire principal, sont tout autant de nature à le décider au mariage qu'une constitution de dot dont il recueille les avantages immédiats.

Ce raisonnement serait de nature à nous entraîner bien loin : il faut en examiner soigneusement les conséquences.

Supposons d'abord que c'est par le jeu du régime de communauté qu'un époux a recueilli une partie des biens qui avaient été constitués en dot à son conjoint. Tant que dure la communauté, la situation est assez simple. La mise par la femme de certains biens dans la communauté, représentant sa contribution aux charges du mariage, sa dot, le mari doit être considéré comme

l'ayant-cause à titre onéreux du tiers qui a constitué à la femme une dot tombée en communauté ; il est indéniable qu'il a directement contre le constituant des droits qui lui sont précieux ; s'il était seulement l'ayant-cause de la femme, il ne pourrait le plus souvent agir contre elle en garantie, et lui réclamer les intérêts et fruits de biens ou de valeurs qu'elle tient d'un tiers et qu'elle a versés en communauté. Sous le régime de communauté, en effet, l'apport de la femme consiste le plus souvent en une universalité de biens et ne donne pas lieu à garantie. Pour le même motif, la femme, le plus souvent, ne devra pas au mari les fruits et revenus d'un apport qu'elle n'a pas effectué. Ayant-cause direct du constituant de la dot, et ayant-cause à titre onéreux, le mari exigera de lui la garantie à raison de l'éviction, et les intérêts et fruits des biens que la femme aurait mis dans la communauté, s'il les lui avait fournis conformément à sa promesse. Quant à la femme, tant que dure la communauté, elle ne peut se plaindre de ce que le mari n'a pas mis dans le fonds commun une valeur ou un bien qu'un tiers lui avait constitué en dot et qui a été évincé ou n'a pas été fourni.

La communauté est dissoute, et le partage a mis dans le lot d'un des époux des biens qui avaient été compris dans une constitution de dot adressée à son conjoint, et étaient de son chef tombés en communauté. L'éviction se produit : outre le droit de recours incontesté qui lui appartient contre son copartageant, le conjoint évincé peut-il recourir en garantie contre le constituant de la dot ? Peut-il prétendre qu'il tenait du tiers généreux, qui a donné à son conjoint des biens destinés à tomber en communauté, le bien dont il a été évincé ? S'il réussit dans sa prétention, son avantage sera évident : il se peut, en effet, que le conjoint du chef duquel le bien est

tombé en communauté ne doive pas à la communauté la garantie d'éviction ; c'est même ce qui arrivera le plus souvent ; il ne devra donc à son conjoint que la garantie de partage, et s'acquittera en lui payant la moitié du bien évincé ; l'égalité se trouvera ainsi rétablie. Cette situation ne fait pour moi aucun doute, et je décide, tout à l'inverse, que si un des conjoints, après partage de la communauté, est évincé d'un bien qu'il avait mis lui-même en communauté, sans devoir de ce chef la garantie d'éviction, il pourra agir en garantie contre son copartageant et obtenir une indemnité égale à la moitié du bien évincé. Au contraire, l'action en garantie exercée contre le constituant de la dot par l'époux doté lui-même, dans le cas où le bien qui lui a été constitué en dot, et qu'il a mis en communauté, a été placé dans son lot, lui fera obtenir la valeur totale du bien évincé. Le conjoint de l'époux doté, évincé du bien mis dans son lot, pourra-t-il recourir directement contre le constituant, comme s'il était son ayant-cause ?

Si on tranchait cette question par l'affirmative, il faudrait dans cette voie aller beaucoup plus loin. Nous avons dit que l'acquisition que réalisait un époux, par suite d'une donation par contrat de mariage que lui avait adressée son conjoint, était purement gratuite. Si on déclarait que chaque époux, dans la mesure des droits qu'il a acquis sur les biens constitués en dot à son conjoint, est l'ayant-cause direct du constituant, il faudrait admettre que l'époux auquel son conjoint a fait une donation contractuelle avec les biens qu'il a reçus en dot, est acquéreur à titre onéreux du constituant (1).

(1) Quand un époux doté a employé les biens qui lui étaient constitués en dot à faire une donation par contrat de mariage à son futur époux, le conjoint donataire n'est pas l'ayant-cause du constituant. Mais on peut concevoir que les parents d'un des époux, au lieu de constituer à leur

On arriverait ainsi à une conséquence absurde. L'idée qui établit un rapport d'auteur à ayant-cause entre le constituant d'une dot et le conjoint de l'époux doté doit être renfermée dans d'étroites limites. Ce n'est guère qu'une fiction pour expliquer comment le mari, dans la mesure de la contribution de la femme, est autorisé à se prévaloir directement des conséquences dérogatoires au droit commun des donations, attachées à la constitution de dot. C'est la tradition qui explique qu'on le traite comme l'ayant-cause du constituant; et, en raison, cette décision peut se justifier, puisque le constituant a connu les droits que le mari allait acquérir sur les biens donnés, et y a acquiescé. Il a bien connu aussi tous les avantages que les époux pouvaient se faire sur les biens constitués en dot; mais la tradition n'autorise pas à dire qu'il est lui-même l'auteur de ces avantages. Ils sont et demeurent le résultat d'actes intervenus entre les époux, et doivent être traités suivant la nature reconnue à ces actes : acquisitions à titre onéreux, s'ils résultent d'une mise en communauté : bénéfices gratuits, s'ils proviennent de donations entre futurs époux.

Est-il besoin, après cette observation, de déterminer l'exacte portée de la fiction légale qui répute le mari ayant-cause direct du constituant? Nous nous occupons des effets spéciaux aux actes à titre onéreux qui sont attachés aux donations contractuelles; mais ces donations produisent plusieurs effets des actes à titre gratuit, et même leurs effets les plus importants, ceux que la convention ne peut empêcher une donation ordinaire

enfant une dot qui lui servira à gratifier son conjoint, fassent directement une donation contractuelle au fiancé de leur enfant : le donataire est alors leur ayant-cause, et est, à plusieurs points de vue, traité comme leur ayant-cause à titre onéreux. (V. Agen, 5 février 1885; Sirey, 86, II, 31.)

de produire. N'est-il pas évident que c'est dans un intérêt tout spécial, et pour le faire bénéficier directement des conséquences du caractère onéreux de la constitution de dot, que la loi répute le mari ayant-cause du constituant? Personne ne songerait à le soumettre aux conséquences qui ont été conservées à la constitution de dot, et qu'elle continue à produire suivant sa nature d'acte à titre gratuit.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DE LA NATURE RECONNUE A LA CONSTITUTION DE DOT

Refusant à la constitution de dot la nature d'un acte à titre onéreux, nous avons eu grand'peine à déterminer comment les époux peuvent être admis à invoquer les conséquences que la loi en fait découler; les bénéficiaires de cette libéralité ne peuvent en effet se prévaloir du caractère onéreux de leur acquisition, pour profiter des effets exceptionnellement reconnus à l'acte qu'ils invoquent. La tradition et l'intelligence de la constitution de dot, telle que l'organise le droit moderne, peuvent seules indiquer la solution de ces questions délicates. Aussi est-on surpris de la facilité avec laquelle certains interprètes la tranchent, par cette affirmation vraiment stupéfiante que la constitution de dot est un acte à titre onéreux! Il nous reste à passer en revue les effets spéciaux aux actes à titre onéreux que la constitution de dot produit; nous indiquerons en terminant les effets qu'elle comporte en sa qualité d'acte à titre gratuit. Nous présenterons simultanément le tableau des effets de la constitution de dot en tant qu'apport de la femme au mari, et les effets de la donation contractuelle adressée par un tiers à un futur époux; il est en effet d'usage de les rapprocher. Mais nous ne perdrons pas de vue que l'acte qui intervient entre le mari et la femme

est réellement onéreux, tandis que la donation contractuelle est un acte à titre gratuit ; cependant leurs effets sont à bien des égards analogues.

SECTION PREMIÈRE

EFFETS SPÉCIAUX AUX ACTES A TITRE ONÉREUX PRODUITS PAR LA CONSTITUTION DE DOT

I. — *Les intérêts de la dot sont dus de plein droit.*

La règle qui fait courir de plein droit les intérêts de la dot, à compter du jour du mariage, n'était pas romaine; comment l'ancien droit l'avait-il imaginée? On peut croire qu'elle a été déduite d'un texte du droit romain qui aurait été non pas faussement interprété, car sa disposition ne prête pas à équivoque, mais étendu par voie d'analogie : encore faut-il reconnaître que l'analogie n'était qu'apparente et l'extension injustifiable.

Si nous consultons Domat [1], il nous apprend que la règle qui fait courir de plein droit les intérêts de la dot a sa source dans la loi 31, § 2 au Code (v, 12). C'est le texte qui, après deux années écoulées depuis le mariage dissous, fait courir les intérêts de la dot contre le mari débiteur de sa restitution. On n'aperçoit pas de bonne raison pour appliquer au paiement de la dot une règle qui avait été écrite en vue de sa restitution. Cependant Domat et ses annotateurs n'hésitent pas à rapprocher les deux hypothèses, sans se méprendre aucunement sur la situation que règle la loi 31, § 2.

(1) *Lois civiles*, III, v, 1, art. 7.

Le rapprochement de deux hypothèses si dissemblables ne paraît pas justifier l'origine de la disposition qui nous préoccupe. Cependant, il était assez familier à nos anciens auteurs : Roussilhe [1], accessoirement à notre question, s'occupe des intérêts dus à la femme ou à ses héritiers par le mari, débiteur de la restitution de la dot. Faute d'explication plus plausible, c'est ainsi que nous rendrons compte du cours de plein droit des intérêts de la dot, à compter du mariage. Cette décision a d'autant moins de rapport avec la disposition contenue dans la loi 31, § 2, que c'était seulement à l'expiration d'un certain délai que le mari, tenu de la restitution de la dot, en devait les intérêts. Avouons, toutefois, que la pratique ancienne ne laissait pas au mari le bénéfice du délai de deux ans porté dans la loi 31, § 2; il appartenait au juge de lui accorder un délai quand l'équité l'exigeait ainsi [2].

Même quand une dette dérive d'un acte à titre onéreux, les intérêts de la somme promise ne sont pas dus de plein droit; les articles 1440 et 1548 C. civ. contiennent donc une importante dérogation au droit commun.

Les intérêts sont dus de plein droit, quand la dot est constituée en argent; ils se calculent au taux légal, à moins que la convention n'ait fixé un taux différent, en prévision d'un retard apporté au paiement [3]; mais l'intérêt stipulé ne peut jamais excéder 5 pour 100. Dans l'ancien droit, le Parlement de Bordeaux admettait que si le taux légal avait varié depuis la célébration du mariage, les intérêts devaient se calculer au taux qui

(1) *Traité de la dot*, n° 331.
(2) DOMAT, *Lois civiles*, III, v, 1, art. 7. ROUSSILHE, *De la dot*, n° 331.
(3) SIREY, 1834, I, 597.

était, à cette époque, fixé par la loi (1). Cette jurisprudence ne pourrait plus être suivie; à supposer que le taux de l'intérêt vînt à varier, les intérêts se calculeraient distinctement pour chaque période pendant laquelle un certain taux aurait été usité; cette solution s'imposerait surtout si le taux de l'intérêt avait été abaissé.

Si une chose frugifère a été constituée en dot, les intérêts sont de la valeur des fruits de cette chose. Enfin, si la chose constituée en dot n'est pas frugifère, les intérêts ne courent pas, mais il peut être obtenu des dommages-intérêts pour retard. Si, en particulier, il a été constitué en dot une créance non productive d'intérêts, il est manifeste qu'il n'en peut être exigé ni du débiteur ni du créancier. En résumé, la compensation due à l'époux doté se calcule sur le bénéfice qu'il était en droit d'attendre et qui lui a fait défaut. Voilà pourquoi l'opinion d'après laquelle il faut fixer les intérêts en les calculant à 5 pour 100 de la valeur de la chose promise, fût-elle non frugifère, est inadmissible.

L'article 1440 C. civ. tranche une question qui donnait lieu autrefois aux plus vives controverses, en déclarant que les intérêts sont dus même s'il y a un terme pour le paiement de la dot promise (2).

(1) TESSIER, *Traité de la dot,* I, p. 162.

(2) Cette opinion n'était guère enseignée que par BOURJON *(Droit commun,* tit. 2, ch. 10, sect. 1, dist. 1, nº 4); ROUSSILHE, (nºs 315 et suiv.) ne faisait courir les intérêts que du jour de l'échéance du terme, et enfin DENISART, au mot *dot* (§ 18, nº 2), rapporte un arrêt du 17 avril 1744, d'après lequel, quand la dot avait été constituée par un étranger, les intérêts n'en étaient dus, une fois le terme arrivé, que du jour de la demande. Le parlement de Bordeaux appliquait la distinction suivante: les intérêts de la dot étaient dus avant l'arrivée du terme, à moins que le constituant n'eût pourvu aux besoins de la famille par le paiement anticipé d'une partie de la dot. Encore semble-t-il que si la dot avait été constituée par un collatéral ou un étranger, il ne devait jamais les intérêts qu'à l'arrivée du terme. (TESSIER, I, p. 162.)

Les intérêts de la dot se prescrivent par cinq ans, conformément à l'article 2277. Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, les intérêts ne se prescrivaient que par trente ans. Mais tous les auteurs ne partageaient pas ce sentiment ; ils prétendaient qu'au bout de dix ans, le mari était censé avoir fait remise des intérêts. Cette remise tacite, qui était admise à l'égard de tout constituant, ôtait toute application à la prescription de trente ans. J'ajoute enfin que Roussilhe devait admettre la prescription quinquennale, puisqu'il nous dit au nº 328 de son *Traité de la dot :* « Si du capital de la dot l'on a formé un contrat de rente, les arrérages ne sont pas sujets à la prescription de cinq ans ; ils peuvent être demandés de vingt-neuf ans, comme d'une rente foncière. » L'ancien droit était donc très incertain, et l'on ne peut invoquer une pratique bien affermie pour soustraire les intérêts de la dot à la prescription quinquennale.

La courte prescription à laquelle sont soumis les intérêts de la dot ne laisse guère d'importance à une question qui s'est posée dans l'ancien droit. « Quelques-uns ont prétendu, nous dit le Brun (1), que les intérêts des deniers dotaux en produisaient d'autres depuis la demande en justice. » Un arrêt du 7 septembre 1621 en avait décidé ainsi ; le Brun cite en sens contraire un arrêt du 19 janvier 1684. Quant à Roussilhe, il déclare, au nº 329 de son *Traité de la dot*, « que les intérêts échus des sommes dotales en produisent d'autres sur la même partie lorsqu'on en forme la demande et qu'on les fait liquider. » L'ancien droit avait donc une tendance, dans notre matière, à admettre l'anatocisme, qui était cependant prohibé d'une manière bien plus absolue que par

(1) *Successions,* l. II, ch. VII, sect. 1re, nº 21.

notre Code. Aujourd'hui, les intérêts des biens constitués en dot pourront eux-mêmes produire des intérêts aux conditions prévues par l'article 1154.

Enfin, est-il besoin d'ajouter que la convention peut décider que les intérêts de la dot ne courraient pas? Cette faculté, qui n'est guère pratique que quand la dot est promise à terme, est formellement réservée au constituant par les derniers mots de l'article 1440. Si la convention qui empêche les intérêts de courir porte l'indication d'un délai, ce délai expiré, ils courent de plein droit (1).

Ces questions de détail ainsi résolues, il nous reste à indiquer à qui est imposé le paiement des intérêts, et qui peut le réclamer. Les principes que nous avons dégagés plus haut nous permettent de répondre en peu de mots.

Les intérêts courent de plein droit contre la femme à raison de la contribution qu'elle a promise au mari par contrat de mariage; ils courent contre le tiers qui a adressé une donation contractuelle à l'un ou l'autre des époux.

Dans le premier cas, c'est le mari (ou ses héritiers) qui peut réclamer les intérêts; dans le second cas, c'est l'époux (2) auquel la donation contractuelle a été faite, et, en outre, le mari de la femme dotée pour ceux des biens donnés qui ont été compris dans l'apport, dans la contribution que lui a promise la femme. Mais je n'ai pas admis que l'acquisition faite par un conjoint d'un bien constitué en dot à son époux, par suite du régime de communauté, ou en vertu d'une donation par contrat

(1) La réserve de l'usufruit des biens donnés empêche les intérêts de courir. (Cass., 15 mars 1827.)

(2) En particulier, la donation faite au mari par contrat de mariage produit intérêts conformément à l'art. 1440. (Cass., 13 mars 1827.)

de mariage, donnât au donataire action contre le constituant de la dot.

L'obligation, à laquelle la femme est astreinte, de payer au mari les intérêts de la contribution qu'elle a promise et non effectuée, appelle quelques observations. Elle paraît très simple à quelques interprètes. Elle s'explique, suivant M. Guillouard, « par le texte des arti» cles 1440 et 1548, qui ne fait pas de distinction suivant » la personne par laquelle la dot est constituée. » C'est peut-être oublier que la constitution de dot à laquelle procède la femme, et la donation contractuelle faite par un tiers, sont, dans notre droit, deux actes très différents. La place des articles 1440 et 1548, à la suite de textes qui réglementent la constitution de dot adressée par les père et mère à leurs enfants, révèle bien que c'est uniquement à la donation contractuelle que le législateur a songé. Sans doute, on rencontre bien dans l'opération intervenue entre le mari et la femme tous les éléments d'un acte à titre onéreux; mais les obligations dérivant d'un tel acte n'emportent pas pour cela cours de plein droit des intérêts de la somme promise. Force nous est donc, pour expliquer l'obligation imposée à la femme, d'invoquer l'ancien droit, qui assimilait la dot émanant de la femme et la dot émanant d'un tiers, l'apport de la femme au mari et la donation contractuelle, et de citer cette phrase de Roussilhe, rappelée d'ailleurs par M. Guillouard : « Une femme riche qui, d'elle-même, se constitue telle somme à prendre sur ses biens, en doit les intérêts du jour de la bénédiction nuptiale; lesquels intérêts se prennent sur le surplus des biens qui sont censés réservés comme paraphernaux (1). » Cela nous indique que la femme n'est tenue

(1) *Traité de la dot*, n° 319.—Cf. *Nouveau Denisart, Dot*, § XVIII, n° 3.

de payer au mari les intérêts de la contribution qu'elle lui a promise et qu'elle n'a pas effectuée, qu'autant qu'elle ne lui a pas transporté la jouissance de tous ses biens. Dans l'hypothèse où la femme a stipulé la clause de réalisation tacite connue sous le nom de clause d'apport, elle est débitrice du bien ou de la valeur qu'elle a promis de mettre en communauté. Nous verrons que c'est une des hypothèses exceptionnelles où la mise par les époux de certains biens dans la communauté donne lieu à garantie; mais la femme doit-elle, au cours du mariage, les intérêts de la somme qu'elle a promis d'apporter et qu'elle n'a pas versée? Oui, à mon sens, si elle a des biens dont elle s'est réservé la jouissance. Mais si tous ces autres biens sont des propres de communauté, dont le mari a déjà la jouissance comme chef de la communauté, on ne peut contraindre la femme à prendre sur la nue propriété de ses propres de quoi payer les intérêts de l'apport qu'elle a promis (1). Ainsi, la femme ne doit même pas les intérêts de la dot dans tous les cas où elle en doit garantie.

C'est aussi à l'ancien droit que la pratique moderne emprunte les particularités suivantes, qu'il faut limiter à la dot provenant de la femme. Si le mari était décédé sans avoir réclamé les intérêts de la dot à sa femme ou à ses héritiers, il était présumé les avoir donnés (2). La jurisprudence du parlement de Bordeaux admettait même, en cas de mort du constituant de la dot, une

(1) Si on admettait qu'en pareil cas la femme dût les intérêts de sa dot, il faudrait soutenir qu'en cas d'éviction des biens qui avaient fait l'objet de la clause d'apport, et après que la femme, tenue de la garantie, aurait mis à la place un de ses propres en communauté, elle continuerait à devoir les intérêts de son apport, puisque, sans cela, la communauté serait toujours frustrée d'une jouissance.

(2) ROUSSILHE, *Traité de la dot,* n° 317.

remise tacite des intérêts dus non seulement par la femme, mais aussi par un tiers. Cette présomption n'était guère justifiable et ne saurait plus être admise. Mais on pourrait encore soutenir que le mari qui meurt sans avoir exigé les intérêts de la dot, qui lui étaient dus par la femme, lui en a fait remise : cette manière de voir, qu'on faisait reposer sur la loi 54 au Digeste, *de Donat. int. vir. et ux.*, avait en effet un assez grand crédit. Un arrêt du 10 décembre 1816, par lequel la Cour de cassation confirme une décision de la Cour de Montpellier du 6 août 1816, a appliqué cette loi 54 : il est vrai que le mariage avait été contracté à une époque où le droit écrit était encore en vigueur; mais cette circonstance n'était pas de nature à influer sur la décision de la Cour suprême.

Rappelons enfin qu'à Rome, la femme, *deducta in domum mariti absentis*, qui s'entretenait à ses frais, ne devait pas les intérêts de la dot, à supposer qu'elle lui eût promis, car ils ne couraient pas de plein droit. On peut se demander si, dans notre droit, il serait légitime d'apporter cette réserve aux articles 1440 et 1548, soit que la dot eût été promise par la femme, soit même qu'elle eût été constituée à la femme par un tiers qui, jusqu'au jour du paiement, aurait pourvu aux besoins de celle-ci. Roussilhe enseignait (nº 318) que si le mari n'avait pas nourri sa femme, il fallait lui refuser le paiement des intérêts, et même exiger de lui leur remboursement : le droit romain n'était jamais allé jusque-là. Pour refuser au mari le paiement des intérêts qui lui sont dus, on peut observer qu'il a été exonéré d'une charge qui lui incombait, et dont les intérêts de la dot devaient lui permettre de s'acquitter. Mais le plus sage est de suivre à la lettre le texte de la loi; d'autant que l'opinion contraire donnerait lieu à des règlements très

délicats (1). Quant à reprendre au mari les intérêts qu'il a perçus, c'est inadmissible.

II. — *La garantie d'éviction.*

On se rappelle que la constitution de dot ne donnait pas lieu, en droit romain, à recours en garantie pour cause d'éviction. Ce recours est au contraire ouvert par notre loi; il était déjà admis dans l'ancien droit, où Bourjon le déclarait applicable dans tous les cas, sauf quand l'éviction provenait du fait du prince (2). Mais si le droit romain n'admettait pas, en principe, la garantie d'éviction, il accordait au mari différents recours qu'on a dû confondre avec elle. L'admission de la garantie par notre ancien droit s'explique donc naturellement; et Domat, affirmant que la garantie est due « selon qu'il est convenu, ou selon les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou transportent (3), » invoque la loi 1 au Code, *de Jure dotium*, et la loi 52, § 1, *de Actionibus empti et venditi :* or, la première de ces lois énumère les différents recours qui tiennent lieu au mari de la garantie qui ne lui appartient pas; et la seconde admet la garantie, parce que le fonds constitué en dot avait été l'objet d'une estimation.

L'action en garantie qui naît à l'occasion de l'éviction des objets remis en dot, au profit des personnes que nous allons déterminer, ne présente aucune particula-

(1) En sens contraire, DELVINCOURT, II, p. 332, n. 8. — Le constituant sera donc tenu de payer au mari les intérêts de la dot; mais s'il a pourvu aux besoins de la femme, il pourra, de ce chef, être créancier du mari. Cette décision est seule juridique et équitable; comme l'observait Denisart, les charges du mariage ne se bornent pas toujours aux dépenses personnelles de la femme. (Nouv. DENISART, *Dot,* § XVIII, n° 6.)

(2) *Droit com. de la Fr.*, titre II, ch. 10, §§ 4 et 5.

(3) DOMAT, *Lois civiles,* I, IX, 2, art. 24 et 25.

rité notable. Il faut lui appliquer les règles de la garantie en matière de vente, sauf qu'il ne saurait être question d'un prix que le donataire pourrait recouvrer; c'est une indemnité représentative de la valeur qu'avait la chose évincée lors de la célébration du mariage, ce sont des dommages-intérêts qui seront obtenus (1).

La garantie est due à la fois par la femme au mari, si les valeurs qu'elle lui a apportées ont été l'objet d'une éviction, et par un tiers qui a fait une donation contractuelle soit au mari, soit à la femme. S'agissant d'une constitution de dot émanant de la femme, la garantie sera poursuivie contre elle ou ses héritiers par le mari ou les héritiers du mari. Elle sera poursuivie contre l'auteur de la donation contractuelle ou ses héritiers, d'abord par celui des époux auquel la libéralité était adressée; et, si elle était faite à la femme, par le mari, dans la mesure des droits que la femme lui a conférés sur les biens donnés et qui représentent la contribution de celle-ci. Mais le constituant de la dot n'est exposé à aucun recours de la part du conjoint de l'époux doté, à raison des droits que celui-ci a acquis sur les biens donnés, par suite des règles de la communauté ou d'une donation contenue dans le contrat de mariage (1440 et 1547 C. civ.).

Il nous reste à développer ces propositions, dont la justification a été présentée plus haut.

Le mari peut agir en garantie contre la femme elle-même, quand il est évincé des biens qui forment sa contribution, son apport. Cette solution ne fait pas difficulté : d'abord elle est traditionnelle; en outre, l'acte intervenu entre le mari et la femme est un acte à titre

(1) Quand la dot consiste en une créance, il faut appliquer les articles 1693 et 1695. Le constituant ne garantit que l'existence de la créance : si la créance est nulle, l'indemnité qu'il doit est égale à la somme que les époux auraient obtenue du débiteur, si la créance eût été valable.

onéreux, et la garantie qu'on y attache est conforme à sa nature.

Mais l'apport de la femme au mari ne peut pas, sous tous les régimes, être l'objet d'une éviction qui donne lieu à la garantie. N'est-ce pas évident dans la séparation de biens, où la femme ne doit qu'une contribution en jouissance ? Dans le régime sans communauté, un bien compris dans l'apport de la femme pourra bien être l'objet d'une éviction, mais la garantie ne sera pas due pour cela, parce que la femme a procuré au mari la jouissance de sa fortune totale, telle qu'elle se comportait, et ne lui a pas assuré la jouissance d'un certain capital. C'est pour le même motif que la garantie n'a généralement pas sa place dans la communauté. Elle se comprend surtout dans le régime dotal, quand la femme n'a pas frappé de dotalité l'universalité de ses biens présents ou à venir : évincé d'un objet qui a fait l'objet d'une déclaration expresse de dotalité, le mari recourra contre la femme et obtiendra indemnité sur les paraphernaux.

La communauté conventionnelle donne lieu parfois à garantie ; mais, en pareil cas, chaque époux y a droit de la même manière vis-à-vis de son conjoint ; elle s'explique par l'idée d'une société qu'ils ont formée, d'un contrat à titre onéreux qu'ils ont conclu et qu'ils doivent exécuter. Toutefois, tant que dure le mariage, la femme ne peut agir en garantie contre le mari, tandis que ce droit appartient au mari contre la femme ; c'est que, de la part de cette dernière, sa mise en communauté représente sa contribution aux charges du mariage.

La garantie que peut devoir la femme au cours même du mariage, quand elle s'est soumise à certaines formes de la communauté conventionnelle, n'est donc pas une conséquence du caractère onéreux de sa mise en com-

munauté, en tant que mise en société ; c'est une suite du principe d'après lequel elle doit la garantie des objets qu'elle a apportés en dot. Nous pouvons donc indiquer, sans sortir de notre sujet, que la femme qui a stipulé la clause de réalisation tacite connue sous le nom de clause d'apport est débitrice des biens qu'elle a promis, et qu'elle est tenue de la garantie d'éviction (1).

La clause d'ameublissement déterminé donne aussi lieu à garantie. Sous le nom d'ameublissement déterminé, l'art. 1506 désigne la mise en communauté de tel immeuble, *en tout*, ou *jusqu'à concurrence d'une certaine somme* (2). On a souvent reproché à la loi de réunir sous une même dénomination deux opérations très différentes, l'ameublissement d'un immeuble pour le tout, qui met cet immeuble en communauté, et l'ameublissement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, qui, à l'instar de l'ameublissement indéterminé, permet seulement à la communauté, tant qu'elle dure, de se servir du crédit de l'immeuble, et oblige l'auteur de l'ameublissement à comprendre cet immeuble dans la communauté dissoute jusqu'à concurrence de la somme promise. Nous nous garderons de critiquer la loi : grammaticalement, les termes dont elle se sert sont seuls exacts, puisque, dans les deux clauses qu'elle réunit sous le nom d'ameublissement déterminé, il y a une stipulation relative à un immeuble précis et désigné. Mais surtout, c'est justement au point de vue de la

(1) Art. 1501 C. civ. — Si la clause d'apport avait pour objet une créance appartenant à la femme, en cas de non paiement, elle pourrait prouver que c'est par la négligence du mari que le paiement n'a pas été obtenu. Le mari, au contraire, si la créance avait été apportée par lui, devrait fournir autre chose.

(2) L'ameublissement d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine quotité est une opération identique à l'ameublissement d'un immeuble pour la totalité.

garantie qu'il y a lieu d'assimiler l'ameublissement d'un immeuble pour la totalité à l'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme : la garantie est due de la valeur totale de l'immeuble ou de la somme promise (1). Au contraire, il ne peut y avoir lieu à garantie quand un époux a ameubli tous ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme (ou pour toute leur valeur), ce qui est l'ameublissement indéterminé : il a seulement voulu procurer crédit à la communauté avec sa fortune immobilière, telle qu'elle se comportait ; en pareil cas, l'indication d'une certaine somme n'est pas destinée à assurer à tout événement cette somme à la communauté ; elle est écrite au contraire dans l'intérêt de l'époux, qui veut qu'en tous cas sa mise ne dépasse pas un certain chiffre.

On peut enfin, sans s'éloigner de la matière de la garantie, signaler le recours qui appartient au mari, pendant le mariage, contre le tiers qui a déclaré la femme franche et quitte de toutes dettes. Le paiement par la communauté des dettes d'un époux ne donne jamais lieu à un recours immédiat contre cet époux, même quand il doit garantie, par exemple en cas de clause d'apport : il y a lieu seulement à récompense à la dissolution de la communauté, en particulier si l'époux, dont la dette a été payée, est séparé de dettes. La déclaration de franche et quitte quand un

(1) Il faut avouer que la garantie n'était pas admise par tous nos anciens auteurs. Quelques-uns l'admettaient, d'autres la refusaient, d'autres, enfin, ne l'accordaient que quand l'ameublissement avait eu pour but d'égaliser la mise des époux en communauté. Après avoir suivi cette étrange distinction, Pothier accorde dans tous les cas la garantie. (Cf. *Cout. d'Orléans*, t. X, n° 53, et *Traité de la com.*, n° 311 *in fine*.) C'est le seul parti possible : entre les époux, les conventions matrimoniales sont un contrat commutatif, et c'est seulement dans l'intérêt d'enfants nés d'un autre mariage qu'on peut y voir un acte à titre gratuit.

tiers y a procédé au nom de la femme, donne lieu contre lui à un recours qui fait obtenir au mari, ou plutôt à la communauté, la somme qu'elle a déboursée : elle n'est pas réduite à une simple récompense à la dissolution du mariage. Forcé de payer, l'auteur de la déclaration a d'ailleurs contre la femme un recours en indemnité qu'il ne peut exercer qu'à la dissolution du mariage, mais qui lui fait recouvrer, outre la somme qu'il a déboursée, les intérêts qu'elle aurait produits. (1513 C. civ.)

La garantie qui peut être due par la femme au mari à raison de la contribution qu'elle a promise réclamait seule des développements spéciaux. Quant à la garantie qui est due par l'auteur d'une donation contractuelle à l'époux doté, ou qui est due, pendant le mariage, au mari de la femme dotée, dans la mesure de ses droits (1), nous l'avons expliquée par avance. Relevons, cepen-

(1) Faut-il admettre que le mari d'une femme dotée a droit à la garantie contre deux personnes différentes en cas d'éviction des biens qui forment la contribution de la femme aux charges du mariage : d'abord contre la femme elle-même, qui doit garantie au mari en cas d'éviction d'un bien qu'elle a reçu d'un tiers, comme dans le cas où elle se dote *de suo*, et en outre contre le tiers constituant? Ce double recours serait très avantageux au mari; il y aura telle hypothèse où il n'aurait pas la garantie contre la femme, parce que le régime adopté n'y donnerait pas lieu, et où elle lui serait cependant ouverte contre le constituant. En outre, en cas d'insolvabilité du constituant, il aurait action contre la femme. Mais le cumul de ces deux actions en garantie est plus que douteux; l'ancien droit ne l'aurait certainement pas admis. Les auteurs, qui ne veulent voir dans le mari qu'un ayant-cause de la femme, doivent lui donner la garantie contre celle-ci, et arrivent sans doute au cumul des deux recours : pour nous, qui, au point de vue des effets onéreux de la constitution de dot, considérons le mari comme l'ayant-cause du constituant, il est plus prudent de ne lui donner de recours que contre ce dernier. Mais c'est uniquement au point de vue des effets onéreux de la constitution de dot que nous admettons cette fiction, et pour l'application des articles 1496 et 1527, le bénéfice réductible que le mari tient de sa femme se calcule tant sur la fortune personnelle de celle-ci que sur les biens qui lui ont été constitués en dot.

dant, quelques inexactitudes de détail qu'on rencontre chez quelques interprètes. On dit, quelquefois, de la femme qu'elle peut agir en garantie après la dissolution du mariage : c'est trop peu dire, et, tant que dure le mariage, elle aura parfois le droit d'agir, si elle a conservé des droits sur les biens constitués en dot, si elle est séparée de biens, par exemple.

Le recours en garantie a parfois été refusé aux époux quand le mariage est dissous et qu'il n'en est pas né d'enfants actuellement vivants (1). C'est une erreur : le constituant est censé s'être soumis à la garantie pour décider les époux à contracter un mariage d'où peuvent résulter des charges ; il reste tenu de la même manière après que les charges du mariage ont disparu. D'ailleurs, s'il s'agit d'une femme, n'est-il pas évident que le veuvage ne la replace pas dans la situation où elle était avant son mariage, n'eût-elle même pas d'enfants (2) ?

Ce qui est vrai, c'est que le mari, le mariage dissous, n'a plus de recours en garantie contre le constituant de la dot de la femme ; parce qu'en principe, il n'a plus de droits sur les biens constitués en dot, et que les droits qu'il peut avoir sur eux lui appartiennent, en vertu du partage d'une communauté ou d'une donation, et ne représentent plus l'apport, la dot de la femme.

III. — *L'action paulienne.*

On sait que l'action révocatoire ne réussit contre un acquéreur à titre onéreux que s'il a été complice de la

(1) DELVINCOURT, III, p. 331, note 5.

(2) Il faut même aller plus loin et déclarer que la garantie d'éviction appartient aux héritiers, mêmes collatéraux, de l'époux doté. — Des solutions analogues devraient, du reste, être admises en ce qui concerne le cours des intérêts.

fraude du débiteur ; un acquéreur à titre gratuit, au contraire, y est exposé malgré sa bonne foi (1).

La distinction des actes à titre onéreux et à titre gratuit présente un autre intérêt, au point de vue de l'action paulienne, dans l'opinion qui soutient qu'elle est admissible contre les actes à titre onéreux, par le seul fait qu'un préjudice a été causé aux créanciers de l'aliénateur, sans examiner si ce dernier en a eu conscience. Mais cette opinion, qui peut tout au plus être défendue quand l'acte frauduleux consiste dans une renonciation à un droit, n'a plus guère de crédit (2).

Quel caractère faut-il reconnaître à la constitution de dot vis-à-vis des créanciers du constituant ? Cette question présente des aspects divers. Nous nous occuperons, d'abord, de la donation contractuelle faite par un tiers à un futur époux, et, ensuite, des droits que la femme transporte au mari sur ses biens à titre de constitution de dot.

Aucun texte ne nous indique la situation qu'il faut faire aux créanciers d'un tiers qui a frauduleusement constitué une dot. L'article 1167, 2e alinéa, porte bien un renvoi au titre du contrat de mariage ; mais il ne s'agit pas là d'un renvoi général aux termes duquel toute acquisition résultant d'un contrat de mariage serait exempte de l'action paulienne. Le texte rappelle ou annonce qu'au titre du contrat de mariage, comme au titre des successions, l'action des créanciers est, dans quelques hypothèses, soumise à des conditions particulières, expressément

(1) Les sous-acquéreurs successifs d'un bien aliéné en fraude sont eux-mêmes en butte à l'action paulienne, s'ils sont personnellement dans les conditions qui donnent ouverture à cette action contre l'ayant-cause du *fraudator*, à supposer que la personne dont ils tiennent leurs droits en soit elle-même passible.

(1) Rennes, 6 avril 1875. (S., 1877, II, 289.)

fixées par les textes [1]. C'est ainsi que l'article 822 restreint la faculté laissée aux créanciers d'attaquer un partage de succession fait en fraude de leurs droits; en vertu de l'article 1476, ce texte doit être appliqué aux partages de communauté. Nous ne pouvons donc tirer aucun argument de l'article 1167 et du renvoi qu'il contient; mais nous prétendons bien qu'il ne soit pas invoqué contre nous; il est sans valeur dans la question.

Non seulement nous n'avons pas de texte qui nous autorise à faire produire à la donation contractuelle un effet qui n'est pas conforme à sa nature d'acte à titre gratuit, mais nous ne pouvons supposer, pour écarter l'action paulienne, une convention tacite du constituant; il a pu se soumettre à la garantie et promettre les intérêts de la dot, parce que tout donateur peut s'y engager expressément; mais il n'a pu abdiquer un droit qui appartient à ses créanciers. La loi ne peut présumer qu'il a fait tacitement ce qu'il ne pouvait pas faire expressément.

Néanmoins, nous traiterons la constitution de dot, vis-à-vis des créanciers du tiers constituant, comme un acte à titre onéreux. Un acte qui ne procure aucun équivalent à l'aliénateur ne peut être que gratuit; et pour lui faire produire les effets d'un acte à titre onéreux, il faut supposer que l'aliénateur a expressément ou tacitement renoncé aux avantages qui devaient résulter pour lui du caractère gratuit de l'opération : vis-à-vis de l'aliénateur, l'absence ou l'existence d'un équivalent fourni en contre-échange peut seule déterminer la nature de l'acte. Mais, vis-à-vis de ses créanciers et au point de

(1) « Les créanciers, *quant à leurs droits qui sont énoncés* au titre des successions..., doivent se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

vue de l'action paulienne, l'existence d'un équivalent est indifférente. Jamais on n'a soutenu que l'action paulienne était moins facilement donnée contre un acquéreur à titre onéreux, parce que la valeur mise au patrimoine du débiteur y tenait la place de l'objet aliéné ; de telle sorte que le préjudice causé aux créanciers était moins grand que si l'acte eût été gratuit. Rien de plus faux que cette manière de voir. L'action paulienne suppose un préjudice et aboutit à la réparation de ce préjudice, mais ce n'est pas là son but principal. Elle tend à punir le tiers dont la connivence a permis au débiteur de frustrer ses créanciers. Eût-il même acquis à titre onéreux, l'action révocatoire l'atteindra ; mais s'il a été de bonne foi, sa situation est inattaquable, pourvu, toutefois, qu'il n'ait pas acquis à titre gratuit. Sans doute, dans ce dernier cas, il ne mérite pas d'être puni ; mais on peut, sans une rigueur excessive, lui retirer un pur bénéfice. On n'a rien à lui reprocher ; mais les créanciers, non plus, n'encourent aucun reproche : mieux vaut donner la préférence aux créanciers, *qui certant de damno vitando*, qu'au donataire, *qui certat de lucro captando*. Que si l'acquéreur n'a pas fait un bénéfice gratuit, si de lui aussi l'on peut dire, comme des créanciers : *certat de damno vitando*, et que, d'ailleurs, on n'ait pas à lui reprocher sa mauvaise foi, à égalité de situation, c'est à lui qu'on donnera la préférence, ne serait-ce que parce qu'il est en possession. L'idée qu'une valeur aurait ou non été mise par l'acquéreur au patrimoine du débiteur, est sans influence sur la solution de la question.

Or, il est un acquéreur qui n'a rien fourni à l'aliénateur, qui ne s'est dépouillé de rien, et qui cependant *certat de damno vitando :* c'est le bénéficiaire d'une donation contractuelle qui a assumé les charges du mariage. En vertu d'une tradition non interrompue depuis le droit

romain, l'époux qui a reçu la dot s'est placé dans une situation telle qu'il subirait un dommage injuste, si sa bonne foi ne le protégeait pas contre l'action paulienne; il repousse donc l'action des créanciers du constituant.

Cette solution ne pouvait autrefois être donnée que pour le mari, et quant à la dot qui lui était constituée au nom de la femme. Aujourd'hui, chaque époux peut recevoir une donation contractuelle qui le détermine au mariage; le préjudice que lui causerait l'action paulienne serait exactement le même que celui dont le mari était garanti en droit romain : sa bonne foi l'en préservera donc.

Voici donc à quelles solutions nous arrivons : tout époux de bonne foi, bénéficiaire d'une donation contractuelle, échappera à l'action révocatoire; en outre, le mari y sera soustrait dans la mesure des droits que le contrat de mariage lui a conférés sur les biens constitués en dot à sa femme, et qui représentent la contribution de celle-ci (1).

Cette dernière solution, spéciale au mari, est unanimement admise; mais on la justifie parfois en observant que le mari, tenant ses droits de la femme, échappe à l'action paulienne en qualité de sous-acquéreur à titre onéreux du constituant; car l'acte intervenu entre les époux est certainement onéreux. J'ai contesté cette manière de voir; j'ai établi que le mari, au point de vue des droits qu'il tient du contrat de mariage sur les biens constitués en dot à la femme, est réputé l'ayant-cause

(1) Ces décisions sont celles qu'adopte une jurisprudence presque constante.

Pour la donation faite au mari, voyez : Cass., 14 mars 1848 (D., 48, I, 66), et Bordeaux, 30 nov. 1869 (D., 71, II, 108). Pour la donation faite à la femme : Cass., 23 juin 1847 (D., 47, I, 241); Poitiers, 21 août 1878 (S., 78, II, 257 et la note); Cass., 11 nov. 1878 (S., 1880, I, 28); Agen, 3 févr. 1885 (S., 86, II, 31).

direct du constituant (1); la tradition impose cette manière de voir, qui s'adapte très bien au droit moderne. Cela étant, le mari ne peut échapper à l'action paulienne qu'en raison du caractère onéreux imprimé à son acquisition par les charges qu'il a assumées; et, dès lors, il est nécessaire de faire subir le même sort à l'acquisition réalisée par le bénéficiaire direct d'une donation contractuelle, et à l'acquisition du mari sur les biens constitués en dot à la femme, puisqu'elles empruntent à la même circonstance le caractère onéreux. Traiter toutes ces acquisitions comme gratuites au point de vue de l'action paulienne serait rompre avec une tradition constante; mieux vaut déclarer qu'elles sont toutes à titre onéreux.

L'idée que le mari est l'ayant-cause à titre onéreux de la femme devra seulement être invoquée pour le protéger contre une action dirigée contre lui à l'occasion de certains biens constitués à la femme, et qu'il détient comme lui ayant été attribués dans le partage de la communauté; car ce n'est pas au constituant qu'il est redevable de cette acquisition.

J'ai dit que le mari, pour les droits que le contrat de

(1) M. Demolombe, pour soustraire le mari, et lui seul, à l'action des créanciers du tiers qui a doté la femme, invoque à la fois la loi 25, § 1, *Quæ in fr. cr.*, et la circonstance que le mari est sous-acquéreur à titre onéreux de la femme. Or, j'ai établi que la distinction qu'indique la loi 25, § 1, entre la situation du mari et celle de la femme, n'était pas admise par la pratique romaine, ni même par Venuleius. Mais M. Demolombe peut-il, à la fois, invoquer un texte écrit à une époque où le mari était l'ayant-cause direct du constituant, et tirer argument de ce que le mari n'est plus vis-à-vis du constituant qu'un sous-acquéreur? Au contraire, je puis, avec avantage, faire observer, à l'encontre de M. Demolombe, que la loi 25, § 1, traitait déjà le mari comme acquéreur à titre onéreux, alors qu'il n'était et ne pouvait être que l'ayant-cause du tiers constituant, quand l'acte intervenu entre eux ne présentait pas plus les éléments d'un acte à titre onéreux que la donation faite par un tiers à un futur époux.

mariage lui conférait à titre de dot sur les biens donnés à la femme, était mis, par sa bonne foi, à l'abri de l'action paulienne. En cela, il est traité comme tout acquéreur quelconque : la loi le protège à raison de sa bonne foi et n'entend protéger que lui. D'ordinaire, la faveur de la loi se limite exactement à la personne qui en est digne ; en notre matière, le but de la loi est quelquefois dépassé. La confusion des intérêts des époux est telle que la femme, malgré sa participation à la fraude du constituant, bénéficiera de la bonne foi du mari. C'est un résultat inattendu et regrettable, mais absolument inévitable. Le mari conservera tous ses droits sur les biens constitués en dot à la femme de mauvaise foi ; et celle-ci continuera à profiter de l'aisance que sa dot procure à la famille.

A mon sens, c'est une vue superficielle de ce résultat, tout de fait, qui a conduit la jurisprudence à déclarer qu'en matière de constitution de dot, la bonne foi d'un seul des époux suffisait à écarter l'action paulienne, que la mauvaise foi de l'époux doté pouvait être suppléée par la bonne foi de son conjoint. La Cour de cassation, dans un arrêt récent, a fait de cette idée l'application suivante : l'action paulienne n'est pas recevable contre une constitution de dot adressée à un mari *conscius fraudis*, mais dont la femme était de bonne foi (1). Cette assertion est inacceptable. La bonne foi d'un époux ne peut avoir d'influence sur l'exercice de l'action paulienne dirigée contre la constitution de dot adressée à son con-

(1) Cass., 18 janv. 1887 (S., 1887, I, 97). V. sous cet arrêt la note de M. Labbé. Les Cours d'appel ont plusieurs fois décidé, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, que la bonne foi de l'époux non doté ne fait pas obstacle à l'action paulienne contre l'époux doté. Bordeaux, 30 nov. 1869 ; Caen, 7 mars 1870 (S., 1870, II, 281). V. note de M. Labbé sous l'arrêt de Bordeaux. Cf. LAROMBIÈRE, *Obligat.*, 2e édit., t. II, sur l'art. 1167, n° 34.

joint, que s'il a acquis, à titre onéreux, des droits sur les biens constitués en dot ; et l'action paulienne ne sera écartée que dans la mesure nécessaire au respect de ses droits, et pour le temps qu'ils devront durer.

Il nous suffira de développer et d'établir ces propositions, pour faire tomber la théorie de la Cour de cassation.

Et, d'abord, si on suppose la dot constituée à une femme de mauvaise foi, on dira peut-être que la bonne foi du mari écartera toujours l'action paulienne, parce qu'il acquiert toujours des droits sur les biens de sa femme. C'est justement ce que je conteste. Tous les régimes matrimoniaux confèrent au mari des droits sur l'ensemble du patrimoine de la femme, même le régime de séparation de biens, sous lequel la femme doit une contribution égale au tiers de ses revenus ; j'ai dit que cet apport de la femme représentait sa dot, et j'estime que le droit du mari de bonne foi doit être respecté par les créanciers du constituant. Mais si, par une convention expresse, la femme séparée s'est déchargée de l'obligation de fournir au mari une contribution quelconque, il n'y a plus de dot, car le mari n'a pas de droits. L'action paulienne réussira donc contre la femme de mauvaise foi, malgré l'intérêt qu'a le mari à ce qu'elle conserve une fortune qui assurerait la subsistance de la famille, le jour où lui-même n'y pourrait plus pourvoir, et qui, dans tous les cas, passerait aux enfants nés du mariage. Ici, le mari n'a pas de droits qui soient exposés à l'action révocatoire et que sa bonne foi puisse sauvegarder ; les biens donnés à la femme de mauvaise foi, lui appartenant exclusivement, lui seront intégralement repris au cours même du mariage. Si l'on avait aperçu ou mieux dégagé cette hypothèse exceptionnelle, où la bonne foi du mari ne met aucun obs-

tacle à l'action révocatoire de la dot constituée à la femme, on aurait bien mis en lumière que ce sont seulement les droits du mari que sauvegarde la bonne foi de celui-ci, et, sans doute, on n'aurait jamais songé à dire que la bonne foi d'un époux tient lieu à l'autre de la bonne foi qui lui manque.

La constitution de dot a été faite au mari de mauvaise foi ; sa femme était de bonne foi. Le but du contrat de mariage n'étant pas de transporter à la femme des droits sur les biens de son mari, la bonne foi de la femme sera généralement dénuée de tout effet. Cependant, le mariage et le contrat de mariage sont pour elle la source de différentes acquisitions : 1° l'hypothèque légale qui résulte à son profit du mariage lui-même et s'étend à tous les immeubles du mari ; 2° les biens qu'elle a recueillis dans le partage d'une communauté ; 3° enfin, les biens et les droits qui ont fait l'objet d'une donation que le mari lui a adressée par contrat de mariage. La femme, à raison de ces différents droits, n'est pas l'ayant-cause du constituant de la dot du mari ; elle n'est et ne peut être que l'ayant-cause du mari (1) ; c'est en qualité de sous-acquéreur qu'elle sera poursuivie par les créanciers du constituant, et, malgré sa bonne foi, elle ne repoussera leur action que si elle a acquis du mari à titre onéreux. Ainsi, il ne suffit pas à la femme d'avoir des droits sur les biens du mari ; il faut qu'elle les ait acquis à titre onéreux.

C'est à ce titre incontestablement qu'elle a été investie

(1) J'ai déjà signalé l'espèce suivante, qui s'est rencontrée dans la pratique : les parents du mari, faisant directement, par contrat de mariage, une donation à la fiancée de leur fils. En pareil cas, on est en présence d'une constitution de dot qui doit être traitée de la même manière que si elle émanait d'un des parents de la femme ou d'un étranger ; au point de vue de l'action paulienne, il y a là un acte à titre onéreux. (V. Agen, 3 févr. 1885. S., 1886, II, 31.)

de droits sur les biens communs, et qu'elle a recueilli une portion de ces biens. De même, on admettra sans difficulté qu'elle a acquis, à titre onéreux, l'hypothèque légale qui grève les immeubles du mari. Sans cette garantie, elle n'aurait conféré aucun droit au mari sur les biens qu'elle lui a confiés ; peut-être même ne se serait-elle pas mariée.

Mais nous avons décidé que les donations entre futurs époux par contrat de mariage, fussent-elles réciproques, étaient la source de bénéfices purement gratuits ; la femme donataire de biens constitués en dot à son mari est donc, vis-à-vis du constituant, un sous-acquéreur à titre gratuit.

En conséquence, les créanciers du constituant ne pourront pas faire tomber l'hypothèque légale de la femme de bonne foi, ni lui reprendre les biens qui lui ont été attribués dans le partage de la communauté ; mais elle ne conservera pas les biens qui lui ont été donnés par le mari (1).

En résumé, quand la dot est constituée à la femme, le mari a presque toujours, et sauf dans un cas peu pratique, des droits que les créanciers du constituant doivent respecter. Au contraire, si la dot est constituée au mari, la femme de bonne foi ne peut avoir, sur les biens qui la composent, que deux sortes de droits soustraits à l'action paulienne.

J'ai dit en outre qu'en présence de droits acquis au

(1) Si c'est le mari qui a reçu donation d'un bien constitué en dot à sa femme de mauvaise foi, il ne pourra, malgré sa bonne foi, repousser l'action paulienne, parce qu'il est sous-acquéreur à titre gratuit du constituant. Il ne serait pas autorisé à prétendre que, si aucune donation ne lui avait été faite, le bien donné, demeuré la propriété de la femme, aurait été soumis au régime matrimonial, et soumis à son profit à certains droits que les créanciers auraient dû respecter. A mon sens, il sera donc plus mal traité que s'il n'avait pas reçu de dotation.

conjoint de l'époux doté, l'action paulienne n'était écartée que dans la mesure nécessaire au respect de ces droits. Comment fixer cette mesure ? Si l'on suppose que la constitution de dot comprend un ensemble de biens, et que les droits du conjoint de bonne foi se soient assis sur quelques-uns de ces biens, l'action paulienne réussira quant à tous les autres : c'est ainsi que l'hypothèque légale de la femme mariée ne grève que les immeubles constitués au mari.

Mais si les droits qui sont à l'abri de l'action paulienne n'absorbent pas l'utilité intégrale des biens donnés, que faut-il décider ? J'estime qu'il faut écarter l'action paulienne. En présence d'un mari de bonne foi, les créanciers du constituant ne pourront reprendre des biens tombés dans la communauté du chef de la femme ; bien mieux, ils devront laisser à la femme les biens dont le mari a l'usufruit (1), et même les biens dont la femme séparée doit procurer au mari les fruits et revenus en tout ou en partie. Je crois cette solution nécessaire au maintien des droits du mari ; mais on aperçoit combien la femme, en cas de séparation, bénéficie de la bonne foi de son mari. Malgré sa mauvaise foi, elle profite encore de biens dont le mari n'a acquis que la jouissance partielle (2).

Mais cette situation n'aura qu'un temps ; le jour où les droits de l'époux de bonne foi cesseront de grever les biens constitués en dot à l'autre époux, l'action paulienne sera pleinement recevable. Mais n'oublions pas

(1) L'application de cette idée a été faite par un arrêt du 6 juin 1849 (D., 1849, 1, 324) : les droits du mari sur des biens frappés de dotalité sont respectés ; l'action paulienne ne peut être exercée qu'à la dissolution du mariage contre la femme ou ses héritiers.

(2) Cette solution s'impose surtout si on suppose une séparation de biens judiciaire, ou accessoire à une séparation de corps, si bien que le régime primitivement adopté par les époux soit de nature à revivre.

que les droits du conjoint de bonne foi peuvent survivre à la dissolution du mariage et devenir définitifs : les immeubles grevés de l'hypothèque de la femme ont été vendus, et leur prix a servi à la payer de ses reprises; la communauté a été partagée, et les biens qui y étaient tombés du chef du conjoint doté ont été attribués à l'autre époux de bonne foi. En pareil cas, l'action paulienne est définitivement écartée; mais quand l'époux doté reprend sur les biens donnés des droits exclusifs, l'action paulienne est utilement exercée.

Il faut, quant à la femme, signaler la particularité suivante : c'est seulement le partage de la communauté qui lui donne sur les biens mis en communauté par le mari doté un droit que l'action paulienne des créanciers ne peut atteindre. Le mari est maître de la communauté tant qu'elle dure, et quand il est actionné par les créanciers du tiers qui l'a doté, il se libère avec les biens de la communauté, sans respecter le droit de copropriété de la femme de bonne foi [1].

Nous n'avons pas à examiner l'hypothèse inverse de la précédente et à supposer que, l'époux doté étant de bonne foi, son conjoint ait acquis de mauvaise foi les

(1) Si on suppose que c'est la femme qui a été dotée par un tiers dont elle connaissait l'insolvabilité, et que les biens constitués en dot soient devenus communs, l'action paulienne ne pourra-t-elle pas être exercée contre la communauté, malgré la bonne foi du mari? L'action paulienne est personnelle, pourrait-on dire; or, les créances d'une femme commune tombent en communauté. A cette argumentation, il faut répondre que la créance de la femme n'est pas antérieure au mariage. C'est ce qu'a décidé un arrêt du 6 juin 1849 (D., 1849, I, 324. Quand la femme est tenue de l'action paulienne envers les créanciers du constituant, sa dette n'est pas antérieure au mariage, ne date pas de l'époque de la constitution de dot, mais naît au moment où l'action paulienne est exercée. Cette décision a été rendue à propos de l'application de l'article 1558 C. civ., qui permet l'aliénation de l'immeuble dotal pour l'acquittement des dettes de la femme ayant date certaine antérieurement au mariage. La dette de la femme, n'ayant pas date certaine antérieurement au mariage, ne tombe pas dans la communauté.

droits dont il a été investi : les sous-acquéreurs ne sont passibles de l'action paulienne que si leur auteur y est exposé. Mais, à ce propos, il faut noter que le mari, s'il a reçu de mauvaise foi la dot constituée à sa femme de bonne foi, pourra repousser l'action paulienne; la fiction suivant laquelle on le regarde comme l'ayant-cause direct du constituant ne peut pas être retournée contre lui ; elle a uniquement pour but de lui permettre d'invoquer directement les conséquences exceptionnelles attachées à la constitution de dot.

Pour résumer toutes les solutions précédentes, on peut dire que la bonne foi de chaque époux met à l'abri de l'action paulienne les droits dont il a été personnellement investi; qu'elle est absolument inefficace quand il s'agit des droits de l'autre époux; maîs que parfois les droits des deux époux sur le même bien se combinent de telle manière que, pour respecter les uns, il faut laisser subsister les autres.

Comment a-t-on pu aller plus loin, et admettre que la bonne foi de l'un ou de l'autre époux suffirait pour exclure l'action paulienne dirigée contre la constitution de dot? On conçoit malaisément qu'une semblable opinion ait pu venir à l'esprit. Sans doute, elle a sa source dans un rapprochement irréfléchi de la situation de la femme à celle du mari; sans apercevoir qu'en écartant l'action paulienne dirigée contre une femme de mauvaise foi, on voulait uniquement maintenir les droits du mari, on a cru pouvoir, dans l'hypothèse inverse, par une exacte réciprocité, sauver le mari des conséquences de sa mauvaise foi à cause de la bonne foi de la femme; on ne remarquait pas qu'il n'y avait pas lieu de mettre la femme à l'abri de l'action paulienne, puisque, faute d'avoir acquis aucun droit qui motivât cette action, elle n'y était même pas exposée.

Le système conçu et adopté, la justification en parut facile. La femme, avons-nous démontré, n'a pas, en principe, de droits sur les biens de son mari : c'est ce qu'on nous conteste. Si elle n'a pas un droit précis et déterminé, elle a un droit général et supérieur qui ne peut jamais être méconnu. Elle a compté, en se mariant, sur la dot qui était constituée à son mari, et se trouverait lésée si l'action révocatoire réussissait contre lui : le bien-être de la famille serait diminué d'autant ; en outre, la femme courrait davantage le risque d'avoir à pourvoir aux besoins du ménage sur ses propres biens, et peut-être même, par le fait de la reprise de la dot du mari, cette obligation lui incomberait-elle immédiatement ; enfin, elle a compté que les enfants nés du mariage auraient un avenir assuré, et il ne faut pas que son espoir soit déçu. Voilà pourquoi la bonne foi de la femme ne laisse pas place à l'action paulienne.

Ce raisonnement est dénué de toute valeur. Il est très avantageux pour une femme d'avoir épousé un mari riche et bien doté ; elle a intérêt à ce que son mari conserve sa dot, je n'en disconviens pas ; mais elle ne peut invoquer que de simples intérêts et non se prévaloir de droits véritables. De motif d'écarter l'action révocatoire dont le mari est passible, on n'en aperçoit aucun. Je ne veux pas dire seulement que de simples intérêts sont moins respectables que des droits acquis ; mais qu'on observe bien le fonctionnement de l'action paulienne : n'est-il pas évident qu'elle ne peut être écartée que par celui contre lequel elle est dirigée ? Or, je prétends que l'action paulienne ne peut pas être dirigée contre la femme, parce que les prétendus droits que lui a conférés le mariage sur la dot du mari n'ont causé aucun préjudice aux créanciers. Conçoit-on que les créanciers agissent contre la femme pour faire révoquer le droit qu'elle a à

ce que son mari reste doté ? L'action paulienne ne peut être exercée contre plusieurs personnes, à l'occasion du même bien, que si, sur ce bien, ces différentes personnes ont toutes acquis des droits; mais, par hypothèse, les droits du mari sur les biens constitués en dot sont entiers, exclusifs, et c'est uniquement contre lui qu'il est besoin de diriger l'action. Quant à la femme, ses droits, si on peut qualifier ainsi les intérêts que nous lui avons reconnus, ne sont pas de nature à porter ombrage aux créanciers, qui n'ont aucun motif de les attaquer. La femme qui ne sera pas défenderesse à l'action révocatoire n'aura même pas occasion de se prévaloir de sa bonne foi. Quant au mari, il sera poursuivi, il succombera à cause de sa mauvaise foi, et, comme il n'existe sur ses biens constitués en dot d'autres droits que les siens, la constitution de dot sera absolument effacée. Pour la maintenir, il faudrait admettre que la femme, à l'action dirigée contre son mari, opposera sa propre bonne foi, ou que le mari se prévaudra de la bonne foi de sa femme ! Ces prétendus droits de la femme, dont on a tant grossi l'importance, ne peuvent avoir la moindre influence dans la question. Le fait même de les mettre en avant prouve que ceux qui veulent leur faire jouer un rôle ne comprennent même pas pour quel motif l'époux de bonne foi qui a acquis un droit proprement dit, écarte l'action paulienne ; ils n'aperçoivent pas que cet époux repousse l'action paulienne, dont il est personnellement menacé, par laquelle on le poursuit, à raison du droit dont il est investi et dont on veut le dépouiller. Nos adversaires, sans doute, ne discernent pas en quelle qualité les deux époux sont défendeurs à l'action ; ils ne voient pas qu'ils sont tous deux personnellement mis en cause à raison de leurs droits respectifs, et que l'époux de bonne foi n'intervient pas seulement dans l'instance pour couvrir l'autre de sa

bonne foi. C'est le rôle qu'on fait jouer à la femme quand elle n'a qu'un simple intérêt à la conservation de la dot du mari, quand elle ne peut être défenderesse à l'action paulienne (1).

Les observations qui précèdent démontrent que le système adopté par la Cour de cassation ne se tient pas. On a voulu le renforcer à l'aide d'arguments tirés du texte du Code; on a invoqué, par exemple, le principe de l'incommutabilité des conventions matrimoniales, qui est sans portée, puisqu'il ne concerne pas les tiers; le renvoi écrit à la fin de l'article 1167, dont j'ai récusé d'avance l'autorité, et, enfin, le principe de l'irrévocabilité des donations contractuelles en cas d'ingratitude. C'est à tort, ai-je dit, qu'on voudrait, de cette irrévocabilité, conclure à la nature d'acte à titre onéreux de la constitution de dot, pour lui en appliquer les effets ; en tous cas, n'est-il pas évident que c'est seulement vis-à-vis de la personne à laquelle elle s'adresse, que la constitution de dot peut produire des effets quelconques ? L'irrévocabilité n'est pas écrite en prévision de l'ingratitude du conjoint de l'époux doté; la bonne foi de ce conjoint devra être sans influence sur le résultat de l'action paulienne (2).

La théorie que j'ai combattue n'aboutit pas seulement à suspendre la révocation à cause de la bonne foi d'un des époux ; mais elle l'exclut définitivement. Tant qu'on

(1) Dans le cas exceptionnel où, à mon sens, la bonne foi du mari ne met pas obstacle au succès de l'action révocatoire contre la femme, vu qu'il n'avait pas de droits sur les biens de celle-ci, la Cour de cassation, dont je viens de combattre l'opinion, arriverait assurément à une solution différente; à défaut de droits, le mari, en pareil cas, a des intérêts identiques à ceux que la jurisprudence sauvegarde chez la femme.

(2) On sait d'ailleurs que l'ingratitude des deux époux ne donne pas lieu à révocation. Prétendra-t-on, poussant l'analogie jusqu'au bout, que l'action paulienne sera écartée, même si les deux époux sont de mauvaise foi ?

respecte un droit véritable, l'action révocatoire peut n'être que différée, suspendue, si ce droit est temporaire. Mais l'intérêt qu'on protège ici ne disparaîtra jamais : pendant sa vie, l'époux de bonne foi a intérêt à vivre largement sans entamer sa fortune ; après sa mort, son intérêt se transforme, il désire que la dot de son conjoint soit conservée aux enfants nés du mariage. S'il n'y a pas d'enfants, et que l'époux de bonne foi soit mort, l'action paulienne sera-t-elle admise au moins ? Je n'en sais rien : peut-être estimera-t-on l'intérêt qu'avait l'époux prédécédé à ce que son conjoint ne vît pas sa situation réduite, assez respectable pour maintenir la dot à celui qui l'a reçue de mauvaise foi !

Quel sort faudra-t-il faire, au point de vue de l'action paulienne, à l'acte par lequel la femme transporte certains droits à son mari à titre de constitution de dot ? Cet acte étant incontestablement onéreux, la question paraît très simple : la constitution de dot faite en fraude des créanciers de la femme ne pourra être révoquée que si le mari a participé à la fraude. Cette solution semble rigoureusement logique; on l'a contestée cependant, et on a nié, en présence de la mauvaise foi du mari, l'admission de l'action paulienne, sous prétexte que l'acte intervenu entre le mari et la femme n'était pas de nature à préjudicier aux droits des créanciers de cette dernière.

Avant d'aborder cette difficulté spéciale, décrivons exactement la situation et posons nettement la question. Une femme insolvable s'est dotée *de suo*, en frustrant ses créanciers; notre question se pose alors dans toute sa simplicité : le mari de mauvaise foi sera-t-il en butte à l'action récursoire ? Compliquons l'hypothèse : une femme insolvable est dotée par un tiers. Nous avons dit quels étaient les droits des créanciers de ce tiers vis-à-vis du mari de la femme dotée, en supposant que la

dot a été constituée en fraude; nous avons traité le mari comme l'ayant-cause direct du constituant, mais on arrive au même résultat pratique en voyant en lui un sous-acquéreur à titre onéreux. Mais, si nous supposons la femme dotée insolvable, ses créanciers ne pourront-ils pas faire révoquer la constitution de dot? Ne pourront-ils pas se plaindre que la femme, au lieu de garder par devers elle les biens qui lui ont été donnés à l'occasion de son mariage, les ait plus ou moins complètement attribués au mari (1)? Pourquoi ne seraient-ils pas admis à faire révoquer l'acte par lequel la femme s'est dépouillée de biens qui avaient reposé sur sa tête, un instant, de raison, puisque, dans notre loi, les simples renonciations à des droits sont passibles de l'action paulienne? Il faut avouer que cette prétention des créanciers de la femme n'aurait certainement pas été admise en droit romain; à mon sens, l'ancien droit l'aurait également repoussée, car il considérait le mari comme l'ayant-cause du tiers constituant. L'opinion qui, sans tenir compte de la tradition, ne se guide que par l'analyse exacte de la constitution de dot adressée par un tiers à la femme, conduit au contraire à admettre les créanciers de la femme à exercer l'action révocatoire (2). Cette solution est rigoureusement logique; mais peut-être ne serait-il pas téméraire d'affirmer, en sens con-

(1) Les créanciers ne se plaignent pas de ce que les biens donnés à la femme lui servent de dot, puisque c'est à cette condition qu'ils ont été donnés; mais ils se plaignent de ce que la femme a adopté un régime matrimonial qui leur cause préjudice, tandis que tel autre régime leur aurait conservé en gage les biens donnés.

(2) Dans l'opinion qui admet qu'en cas d'éviction d'un bien constitué en dot à la femme, le mari a droit à garantie, non seulement contre le constituant, mais aussi contre la femme, il faut logiquement reconnaître qu'il est exposé à l'action paulienne, non seulement de la part des créanciers du constituant, mais aussi de la part des créanciers de la femme.

traire, que le mari, au point de vue de l'action paulienne, est traité comme l'ayant-cause du constituant, et qu'il n'est pas exposé à l'action révocatoire des créanciers de sa femme. Peu importerait qu'il eût connu l'insolvabilité de celle-ci au moment où le contrat de mariage lui conférait des droits sur les biens qu'elle recevait en dot. La seule action révocatoire à laquelle il pourrait être en butte serait celle des créanciers du tiers constituant (1).

Cette difficulté se trouve assurément levée, si l'acte par lequel la femme transporte des droits au mari sur ses biens personnels ou sur les biens qui lui sont constitués en dot n'est pas de nature à préjudicier à ses créanciers. Je n'ai rencontré dans nos anciens auteurs que deux passages ayant trait à l'action paulienne dirigée contre une constitution de dot provenant de la femme. On lit dans Domat (2) : « La femme qui se constitue elle-même une dot *ne peut faire préjudice à ses créanciers ;* car ils auront leur action contre le mari pour ce qu'il se trouvera avoir reçu à titre de dot, étant en cela le débiteur de la femme. » Tel n'était pas le sentiment de Roussilhe : l'action paulienne « a lieu soit que la femme elle-même se soit constitué une dot, soit qu'un ascendant ou un étranger ait fait la dotation (3). »

(1) En tous cas, il faut affirmer à nouveau que c'est uniquement au point de vue des effets spéciaux aux actes onéreux attachés à la constitution de dot que le mari est l'ayant-cause direct du constituant. Pour l'application des articles 1496 et 1527, au contraire, j'admets sans difficulté que le bénéfice réductible procuré au mari devrait se calculer non seulement sur les biens que la femme avait en propre, mais sur ceux qui lui ont été constitués en dot.

(2) *Lois civ.*, II, x, 2, art. 11. L'observation est due à un annotateur de Domat.

(2) *Traité de la dot,* ch. v, § 5, 5°. — L'opinion de Roussilhe est celle qui avait cours en droit romain, où elle s'imposait, puisque le mari acquérait la propriété même des biens dotaux. (Loi 10, § 14, *Quæ in fr. cred.*, D.)

Parmi les interprètes du droit moderne, M. Guillouard applique sans hésitation l'action paulienne à la constitution de dot faite par la femme (1). A l'inverse, nous lisons dans le recueil de Dalloz la note suivante : « Il faut remarquer que la femme ne pourrait pas se constituer ses biens en dot au préjudice de ses propres créanciers, alors même qu'elle ignorerait son insolvabilité, car les biens qu'elle apporte en dot à son mari demeurent affectés au paiement de ses dettes, soit qu'ils tombent en communauté, soient qu'ils restent propres à la femme (1410 C. civ.), soit même qu'elle les ait frappés de dotalité (2). »

Cette observation n'est pas dénuée de toute portée, mais elle n'est pas non plus pleinement exacte. Est-il vrai que la femme, en se dotant, ne puisse faire préjudice à ses créanciers ? Sous tous les régimes qui ne confèrent au mari qu'un simple droit de jouissance, l'affirmative est évidente, car les créanciers de la femme saisiront ses biens au mépris des droits du mari, et sans même tenir compte de la dotalité dont ils seraient frappés. Mais quand la communauté a été stipulée, la mise en communauté des biens de la femme porte préjudice à ses créanciers. On observe que les dettes de la femme antérieures au mariage tombent en communauté ; c'est exact, mais en principe seulement. Je ne fais pas allusion aux créances mobilières qui n'ont pas reçu date certaine avant le mariage ; en pareil cas, la loi présume en effet que le créancier s'est prêté à une simulation de la date de son titre. Mais les créanciers à qui sont dus des immeubles *in genere* n'ont pas de droit contre la communauté ; ils sont privés de leur gage, de tous les

(1) *De l'Action paulienne*, p. 221.
(2) D., 1849, I, 324, note 1.

meubles sur lesquels ils auraient obtenu indemnité, faute d'être payés des immeubles promis. Bien souvent, le préjudice qu'ils éprouvent sera très réel, mais ils n'en pourront faire la preuve; ils ne pourront établir que la femme a mis des biens dans la communauté et dans quelle mesure elle a contribué à sa formation. Mais si un inventaire a été fait, qui énumère les valeurs mises en communauté par la femme, inventaire que nécessitent certains régimes de communauté conventionnelle, cet inventaire, qui fait foi contre les créanciers, doit pouvoir être invoqué par eux : le titulaire d'une créance immobilière qui peut faire la preuve du préjudice qui lui est causé, du montant de l'aliénation consentie par la femme, peut-il intenter l'action révocatoire contre le mari de mauvaise foi ? On ne voit pas pourquoi on la lui refuserait.

Cependant, s'il n'y avait que cette hypothèse peu pratique où l'on pût songer à appliquer l'action révocatoire à la constitution de dot émanant de la femme, peut-être ne serait-il pas impossible de l'écarter. On pourrait prétendre que la règle qui exclut de la communauté les dettes immobilières ne s'explique pas seulement par cette idée d'équité que les époux, conservant leurs immeubles en propre, doivent rester grevés de leurs dettes immobilières; il est permis d'y voir un reste d'un principe très ancien, suivant lequel les meubles seuls répondaient des dettes mobilières et les immeubles des dettes immobilières. Avec le temps, on admit que toute créance aurait pour gage l'ensemble du patrimoine du débiteur; cependant, en matière de communauté, les immeubles furent toujours considérés comme une garantie suffisante des dettes immobilières.

Sans même recourir à l'hypothèse peu pratique d'une dette immobilière, ne peut-on pas dire que les créanciers de la femme, qui ont un droit de poursuite contre la

communauté, subissent cependant un préjudice quand la femme épouse un mari insolvable ? Quoiqu'ils puissent saisir dans la communauté les biens que leur débitrice y a mis, sur ces biens, ils subissent le concours des créanciers du mari ; peut-être n'obtiendront-ils qu'un dividende. Ne peut-on pas dire de la femme qu'elle s'est rendue insolvable, non pas tant en aliénant la moitié indivise de ses biens qu'en assumant toutes les dettes du mari et en les mettant à la charge des biens qu'elle verse en communauté ? Le préjudice qu'elle cause à ses créanciers est manifeste. L'action paulienne sera-t-elle donnée contre le mari, s'il a été complice de la fraude ? Je ne vois aucune bonne raison pour la refuser, quoique son admission soit choquante et qu'on voie avec répugnance les créanciers s'immiscer dans les conventions matrimoniales, et chercher à détruire entre les époux une communauté que la loi favorise. Mais je fais toutes réserves dans le cas où ce serait à raison de biens constitués en dot à la femme par un tiers, que les créanciers de celle-ci voudraient intenter la loi paulienne (1).

(1) Aucun arrêt n'a été rendu sur l'hypothèse même qui vient de nous préoccuper. Voici l'espèce la plus voisine qui a fait l'objet d'un arrêt de cassation du 6 juin 1849 (D., 1849, I, 324). Une femme a reçu d'un insolvable une donation ordinaire ; plus tard, elle se marie et emploie à se doter les biens qui lui ont été antérieurement donnés : les créanciers du donateur n'ont action contre le mari que s'il a connu l'insolvabilité du donateur. Nous sommes encore bien loin de l'hypothèse où ce sont les créanciers de la femme qui agissent en révocation ; mais voici en quoi l'espèce de l'arrêt de 1849 est intéressante : c'était assurément la nature de l'acte intervenu entre le mari et la femme qui s'y agitait, puisque le tiers y avait été complètement étranger. Au contraire, en présence d'une constitution de dot provenant d'un tiers, j'ai admis que ce tiers était censé avoir traité avec le mari. En outre, dans cette espèce, une complication spéciale n'était pas susceptible de surgir : la femme ayant reçu une donation ordinaire, sa bonne foi était impuissante à écarter l'action paulienne, et le mari, tenant ses droits d'un acquéreur à titre gratuit, pouvait toujours être passible de cette action, si, personnellement, il était dans les conditions requises pour l'encourir.

Une question analogue à celle que nous venons d'étudier se pose en cas de faillite : quels sont les droits des créanciers d'un failli en présence de constitutions de dot faites par leur débiteur pendant la période de cessation des paiements et les dix jours qui l'ont précédée ?

La loi ne laisse pas subsister les actes accomplis par un débiteur à l'approche de la faillite, mais elle ne les frappe pas sans distinction. Les actes à titre gratuit, et certains actes, de leur nature à titre onéreux, que la loi y assimile, sont frappés de nullité par cela seul qu'ils ont été passés dans la période de cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée (446 C. com.). Les créanciers du failli n'ont pas à prouver l'intention frauduleuse du débiteur, qu'ils seraient obligés d'établir pour réussir dans l'action de l'art. 1167. Quant à la mauvaise foi du tiers acquéreur, il va de soi qu'elle n'a pas besoin d'être démontrée, puisque, l'acte étant de sa nature gratuit ou déclaré tel, sa bonne foi serait indifférente.

Le sort des actes à titre onéreux est réglé par l'article 447 C. com. Ils peuvent être annulés, s'il plaît au tribunal, quand les créanciers viennent à prouver que le tiers qui a reçu du débiteur connaissait la cessation des paiements. On sait qu'un créancier qui a cessé ses paiements n'est pas forcément insolvable; la preuve imposée aux créanciers n'est donc pas la même que s'ils étaient demandeurs à l'action paulienne. En outre, la fraude du débiteur failli est présumée par la loi, et n'a n'a pas besoin d'être prouvée.

La constitution de dot sera-t-elle traitée comme un acte à titre onéreux ou comme un acte à titre gratuit ? Tout l'intérêt de la question se ramène à savoir si l'époux doté, qui ignorait la cessation des paiements, sera garanti par sa bonne foi, et si, les conditions exi-

gées par la loi une fois constatées, le juge sera libre de prononcer ou non la nullité. A ce double intérêt, on peut en ajouter un autre, plus secondaire : l'article 447 ne vise que les actes passés depuis la cessation des paiements ; une constitution de dot passée dans les dix jours précédents sera donc soumise au droit exceptionnel établi par l'article 446, si c'est un acte à titre gratuit ; passée dans la même période, si c'est un acte onéreux, elle échappera au contraire à l'article 447, pour demeurer sous l'empire du droit commun de l'article 1167.

Les auteurs et les tribunaux qui, pour l'application de l'article 1167, traitent la constitution de dot comme un acte à titre onéreux, doivent logiquement la soumettre à l'article 446 C. com., quand il y a été procédé par un commerçant pendant la période suspecte. Nous n'avons plus rien à dire contre cette doctrine, dont nous avons repoussé le point de départ. Une autre opinion demande un examen spécial ; c'est celle des auteurs qui, partageant la manière de voir que nous avons défendue en interprétant l'article 1167, estiment cependant que la constitution de dot doit être soumise à l'article 446 en qualité d'acte à titre gratuit. Elle a surtout été défendue par M. Demangeat (1). Voyons comment il justifie une distinction dont on n'aperçoit pas la raison d'être.

1° La donation par contrat de mariage est un acte mixte, participant à la fois de la nature des actes à titre onéreux et de celle des actes à titre gratuit; pour savoir s'il faut la soumettre à l'article 446, il faut rechercher quel est le caractère qui prédomine en elle : or, c'est le caractère gratuit. J'admets volontiers que la constitution de dot est un acte à titre gratuit ; je ne la qualifie même

(1) Bravard et Demangeat, *Dr. com.*, tome V, p. 217 à 219.

pas d'acte mixte. Mais ce n'est pas dans son ensemble qu'il faut envisager un acte pour le soumettre à l'action paulienne ; il faut avant tout comparer la situation respective de l'acquéreur et des créanciers de l'aliénateur : si on se place à ce point de vue, on reconnaîtra que la constitution de dot mérite bien plutôt d'être traitée comme un acte à titre onéreux.

2° L'acte est gratuit, parce qu'il n'a mis au patrimoine du débiteur aucune valeur qui soit devenue le gage de ses créanciers à la place du bien aliéné. Partant de cette idée, on en arriverait à soumettre la constitution de dot à l'article 1167 lui-même ! Mais on sait que tel n'est pas le motif de l'action révocatoire ; on ne peut donc pas le mettre à la base de l'action des articles 446 et 447, qui n'en est qu'une application, sauf qu'elle est plus largement ouverte aux créanciers d'un failli.

3° Si l'article 446 n'est pas applicable aux donations contractuelles, il sera lettre morte et ne trouvera jamais son application, les donations ordinaires n'étant pas familières aux commerçants. Je réponds qu'il s'appliquera en tous cas aux actes que la loi assimile aux donations. Mais, en outre, l'observation de M. Demangeat est sans portée. Je reconnais que la donation n'est pas l'acte de prédilection des commerçants. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'un commerçant au-dessous de ses affaires, qui cherche, par des moyens frauduleux, à soustraire son actif à ses créanciers. La donation lui en est un moyen facile, et il y recourra, tandis qu'il se serait bien gardé de rien donner si ses affaires eussent été bonnes. Cela étant, la donation ordinaire est beaucoup plus à craindre que la donation contractuelle, parce qu'elle est bien plus pratique : on n'a pas toujours d'enfants à marier, et surtout on ne leur trouve pas d'établissement à point nommé.

4° Après ces arguments tirés de considérations d'équité et d'utilité, on invoque, pour justifier la différence qu'on propose entre le droit civil et le droit commercial, un argument tiré des textes dont je n'aperçois pas la portée. S'agit-il de l'application de l'article 1167, nous pouvons traiter la constitution de dot comme un acte gratuit. « Ici, en effet, nous ne sommes gênés par aucun texte particulier, et nous pouvons décider la question dans le sens qui nous paraît le plus raisonnable et le plus conforme aux principes généraux du droit. » S'agit-il d'une donation contractuelle faite par un commerçant dans la période suspecte, « nous sommes liés par les termes absolus de l'article 446 (1). »

Je vois très bien en quoi les articles 446 et 447 sont plus explicites que l'article 1167 : c'est qu'ils font expressément une distinction qu'on est obligé d'introduire dans l'article 1167, en l'interprétant conformément à la pratique antérieure. Une fois admis, en droit civil, la distinction que commande la loi commerciale, il reste à l'appliquer à tous les actes qui peuvent rendre un débiteur insolvable. Or, l'article 446, pas plus que l'article 1167, ne nous indique de principe, d'idée générale qui puisse nous servir de guide pour faire cette classification ; et plus spécialement, ni l'un ni l'autre ne nous indique dans quelle catégorie il faut ranger la constitution de dot. A la vérité, l'article 446 assimile aux actes à titre gratuit des actes qui, de leur nature, sont à titre onéreux ; on en pourrait donc conclure qu'en présence d'un débiteur failli, il faut se montrer plus facile pour reconnaître à un acte de nature douteuse, le caractère onéreux. Ce raisonnement ne me paraît pas fondé ; à mon sens, l'article 446 ne doit recevoir aucune exten-

(1) Riom, 20 juil. 1841. DALLOZ, *Jur. gén. faillite,* n° 277.

sion. La constitution de dot, que nous avons considérée comme un acte à titre onéreux en droit civil, conserve donc ce caractère à l'encontre des créanciers d'un failli ; c'est à l'article 447 qu'elle est soumise, au moins en règle générale.

Les règles de l'article 447 C. com. diffèrent notablement de celles qu'on applique en droit civil à l'acquéreur à titre gratuit en butte à l'action paulienne. Les créanciers n'auront pas à prouver l'intention frauduleuse du débiteur, car elle est présumée ; ils n'auront à établir chez le tiers acquéreur que la connaissance de la cessation des paiements. Ce sont là, il faut en convenir, des différences bien secondaires. D'abord, la cessation des paiements est le plus souvent la conséquence de l'insolvabilité : la preuve qu'il faut faire contre le tiers acquéreur est donc à peu près la même qu'il faudrait administrer en droit civil. En outre, la mauvaise foi de ce tiers ne peut guère être l'objet d'une preuve principale ; ce qu'on lui reproche, c'est d'être complice de la fraude du débiteur, et l'on conçoit malaisément qu'on puisse prouver directement contre lui qu'il a connu la cessation des paiements, si l'on n'a préalablement démontré que le failli la connaissait lui-même. La présomption de la mauvaise foi du débiteur me semble donc n'avoir pas grande importance ; elle n'a un réel intérêt que dans l'hypothèse de l'article 446, quand le caractère gratuit de l'opération rend indifférente la bonne foi du tiers acquéreur.

La nullité sera facultative pour le juge. Cette différence entre la loi commerciale et la loi civile, en présence d'une constitution de dot, peut paraître choquante. Dans la pratique, elle sera effacée ; le juge prononcera la nullité, car le pouvoir d'appréciation qui lui est laissé a pour but seulement de permettre le main

tien de certains actes par lesquels le failli aurait pu relever le niveau de ses affaires.

Mais voici une différence vraiment sérieuse : le paiement d'une dot antérieurement promise tombera sous le coup de l'article 447, alors même qu'au moment de la promesse de constitution de dot, le promettant n'avait pas cessé ses paiements, ou que l'époux doté ne connaissait pas la cessation des paiements. En droit civil, un paiement ne peut être révoqué par l'action paulienne ; l'acte qui est exposé à cette action est celui qui a donné naissance à l'obligation que le paiement a éteinte ; ce sont les caractères de cet acte et les circonstances dans lesquelles il est intervenu qui déterminent la résolvabilité de l'action révocatoire. Par le paiement, un débiteur n'augmente pas son insolvabilité, puisque son passif diminue en même temps que son actif. Mais si actif et passif sont réduits d'une somme égale, ils ne diminuent pas dans la même proportion : et voilà pourquoi les créanciers non payés souffrent un préjudice par suite d'un paiement fait à l'un d'eux. C'est ce préjudice que la loi commerciale répare, parce que l'égalité entre les créanciers d'un failli est la loi des faillites.

Mais c'est en principe seulement que la constitution de dot doit être traitée comme un acte à titre gratuit ; elle peut être constituée en de telles conditions qu'elle tombe sous le coup de l'article 446, non pas en qualité d'acte à titre gratuit, mais en qualité d'acte assimilé par ce texte aux actes gratuits. Le paiement d'une dot promise à terme, quand le terme n'est pas arrivé, constitue en effet l'acquittement d'une dette non échue. De même, toute constitution en dot de valeurs autres que des effets de commerce ou du numéraire, et tout paiement d'une dot promise à terme, fait après l'échéance du terme, mais en valeurs différentes de celles qui viennent

d'être indiquées, donnent lieu à l'application de l'article 446. Nos deux textes peuvent donc, chacun dans des hypothèses spéciales, être appliquées à la constitution de dot; on n'oubliera pas qu'ils se réfèrent à des périodes de temps un peu différentes.

IV

Tels sont les effets spéciaux aux actes à titre onéreux que des textes formels, ou une pratique ininterrompue depuis le droit romain, obligent à reconnaître à la constitution de dot, malgré son caractère gratuit. Par leur réunion, ils constituent ce qu'on a appelé, par abus de langage, le caractère onéreux des donations contractuelles : c'est l'expression qu'on emploie pour désigner l'ensemble des conséquences exceptionnelles rattachées à ces donations. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur sa portée, et croire qu'on pourrait faire découler de ce caractère onéreux des effets qu'un texte formel ne consacre pas. Nous sommes en présence de faits concordants groupés sous une dénomination commune, nullement d'un principe. Rien ne peut mieux rendre cette idée qu'une formule des jurisconsultes Paul : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

Voici cependant quelques conséquences qu'on a voulu directement rattacher au caractère onéreux de la constitution de dot:

1° Une donation contractuelle est faite à une femme qui ne signe pas au contrat; point de mention d'ailleurs que la future ne sait pas signer. La Cour de Bastia, par un arrêt du 27 août 1836 (1), annule la donation, « attendu

(1) Dalloz, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, p. 660, note 2.

que, pour décider si un contrat reçu par un notaire doit être signé par toutes les parties désignées et présentes dans l'acte, il faut distinguer les contrats synallagmatiques à titre onéreux, quand chacune des parties est assujettie à donner ou à faire quelque chose, des contrats unilatéraux et de bienfaisance..... » A supposer cette décision exacte (1), elle est mal motivée : on ne découvre pas dans la constitution de dot les éléments d'un contrat synallagmatique, et ce n'est assurément pas dans une obligation de la femme vis-à-vis du constituant qu'on peut trouver le motif d'exiger sa signature.

2° La Cour de Dijon aurait déclaré que le dol résultant de la suggestion n'est pas une cause de nullité d'une donation contractuelle, lorsqu'il a été commis par un tiers au profit du donataire, parce qu'une telle donation participe de la nature des actes à titre onéreux (2). A la vérité, tel n'est pas l'objet de la décision rendue; cette proposition a seulement été déduite d'un des considérants de l'arrêt, duquel il semble résulter que si le dol pratiqué par une des parties (dans l'espèce, par le conjoint de l'époux doté), est une cause de nullité, c'est parce que la constitution de dot est un acte à titre onéreux ! Voilà qui est bien extraordinaire ! Est-ce que dans un contrat à titre gratuit, le dol du béneficiaire n'est pas une cause de nullité ? Il est impossible de comprendre ce que la Cour de Dijon a voulu dire. Mais la

(1) La nullité du contrat de mariage me paraît certaine. Reste à savoir s'il ne peut valoir comme acte de donation ordinaire. Pour qu'il puisse en être ainsi, il faut un concours de circonstances exceptionnelles : il faut d'abord que la donation ait pour objet des biens présents ; il faut que le notaire en second et les témoins instrumentaires aient été effectivement présents au contrat de mariage, ce qui sera fort rare ; enfin, le contrat ne valant que comme acte de donation, il faut que la libéralité soit acceptée ultérieurement par acte authentique.

(2) Dijon, 23 juil. 1836. DALLOZ, *Jur. gén.*, Disp. entre vifs, n° 251, p. 122, note 1, et p. 660. n° 2244.

conséquence que l'arrêtiste a tirée, par *a contrario,* de cet étrange considérant, est encore plus bizarre. Si le dol a été commis par un tiers au profit de l'époux doté, la constitution de dot n'est pas nulle, a raison de son caractère onéreux! C'est donc que dans un acte à titre gratuit, le dol d'un tiers entraînerait nullité, à l'instar de la violence pratiquée par une personne étrangère au contrat? Il n'y a dans tout cela que méprise. Le caractère d'un acte n'a rien à voir dans la question de son annulation pour cause de manœuvres dolosives.

3° Enfin, la Cour de Rouen, par un arrêt du 3 juillet 1828, a décidé que le constituant d'une dot doit, à ses frais, donner mainlevée des inscriptions qui frappent de son chef les immeubles donnés à l'un des époux (1). Ce n'est là qu'une conséquence de l'obligation de garantie, et non un effet distinct du caractère reconnu à la constitution de dot.

SECTION II

EFFETS DE LA CONSTITUTION DE DOT EN TANT QU'ACTE A TITRE GRATUIT

Nous rentrons dans le droit commun, nous en venons aux effets que produit normalement la constitution de dot, conformément à la nature que nous lui avons reconnue. Il semble qu'un simple renvoi devrait nous suffire; cependant, tout en nous bornant le plus possible, nous devons présenter encore quelques observations de nature à éclairer les développements qui précèdent.

Abordant l'examen des effets gratuits de la constitu-

(1) DALLOZ, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, p. 660, note 1.

tion de dot, force nous est d'abandonner l'étude comparée de la dot apportée par la femme au mari, et de la donation contractuelle. Il était naturel de rapprocher deux actes qui, pendant longtemps, ont été confondus en un seul; en outre, c'est à cause des charges du mariage qui, dans l'acte à titre onéreux intervenu entre le mari et la femme, jouent le rôle d'un véritable équivalent, que la loi a, pour ainsi parler, imprimé à la donation par contrat de mariage un caractère onéreux artificiel. Mais l'opération qui intervient entre les époux est réellement et absolument un acte à titre onéreux; elle ne produit aucun des effets des actes à titre gratuit; le parallèle ne peut donc être poussé plus loin.

Rappelons cependant que les époux ont pu établir la communauté pour régler leurs rapports pécuniaires; la formation et le partage de cette société peuvent entraîner au profit d'un des conjoints des avantages considérables : quoique ces avantages résultent d'un acte à titre onéreux et soient des acquisitions à titre onéreux, la loi, dans un cas exceptionnel, les traite comme des libéralités. Ne disons pas qu'en pareil cas, l'acte par lequel est effectué l'apport de la femme au mari est traité par la loi comme un acte à titre gratuit. Sans doute, nous nous sommes occupé de la mise par la femme de certains biens dans la communauté; nous avons, en particulier, étudié la garantie d'éviction à laquelle elle pouvait donner lieu. En cela, nous ne sortions pas de notre sujet, parce que, tant que le mariage dure, la mise par la femme en communauté représente sa dot, sa contribution aux charges du mariage. Mais c'est après le mariage dissous que les articles 1496 et 1527 traitent comme des libéralités les avantages résultant de la communauté, à une époque par conséquent où la mise de la femme en communauté n'est plus qu'une mise en société et ne

représente plus sa dot. On ne peut donc pas dire que l'apport d'une dot par la femme au mari soit jamais traité comme un acte à titre gratuit (1).

J'ajoute, d'ailleurs, que c'est uniquement au point de vue de la réduction, que les avantages qu'un époux a pu tirer de la communauté, sont considérés comme des libéralités provenant de l'autre époux; encore est-ce uniquement au profit, ou, plus exactement, en présence d'enfants du donateur nés d'un autre lit, qu'il y a libéralité réductible. On a parfois agité la question de savoir si ces mêmes avantages n'étaient pas sujets à rapport : on a donc supposé deux parents mariés ensemble, et le survivant venant à la succession de son conjoint en concours avec d'autres parents de celui-ci. Je ne m'ex-

(1) C'est uniquement l'avantage résultant pour un époux de l'attribution à la communauté des biens de son conjoint qui peut constituer, en présence d'enfants nés d'un autre lit, une libéralité réductible. On a dit (Dalloz, *Jur. gén.*, Contrat de mariage, n° 3221) qu'une veuve qui, ayant des enfants, se remarie en frappant de dotalité tous ses biens présents et à venir, fait à son mari une libéralité sujette à réduction (1098 C. civ.), quand les revenus des biens dotaux surpassent considérablement la valeur des charges du mariage. Dans cette manière de voir, l'apport d'une dot par la femme au mari, qui, à mon sens, est toujours un acte à titre onéreux, peut, dans un cas au moins, être traité comme gratuit. Mais cette opinion ne donne pas seulement une extension injustifiable aux articles 1496 et 1527; elle viole ce dernier texte, aux termes duquel les simples bénéfices résultant des économies faites sur les revenus des époux ne sont pas des avantages réductibles. A quoi l'on répond que l'art. 1527 n'est vrai que dans le régime de communauté, où la femme a moitié des bénéfices ! Or, ce n'est pas seulement la restriction écrite dans l'art. 1527, c'est la disposition même de ce texte, qui est spéciale au régime de communauté.

On a invoqué l'ancien droit dans ce débat, et, à un passage de Roussilhe, suivant lequel « la femme peut bailler en dot à son second mari tous ses biens pour en jouir pendant la vie de sa femme » *(Traité de la dot,* I, n° 136), on oppose un passage de Salviat, qui déclare que la femme ne peut pas plus donner à son second mari qu'à l'enfant le moins avantagé. (Nouv. édit, v° *dot,* p. 380.) Mais, assurément, par ces mots, Salviat vise la donation par contrat de mariage qu'une femme voudrait faire à son mari. (Le passage précité de Salviat ne se trouve pas dans la première édition de la *Jur. du parl. de Bordeaux,* qui date de 1787.)

plique pas qu'on s'attarde à construire cette espèce compliquée; par le seul fait que l'époux prédécédé n'a pour héritiers que des collatéraux au nombre desquels se trouve son conjoint, n'est-il pas manifeste qu'il n'a pas d'enfants nés d'un autre mariage ? Or, c'est uniquement en présence de tels enfants que les avantages résultant du jeu de la communauté peuvent être traités comme des libéralités.

Venons donc, sans plus tarder, aux effets que produit la constitution de dot en qualité de donation.

I. — *Obligation alimentaire de l'époux doté à l'égard du constituant.*

C'est là une conséquence bien secondaire de la constitution de dot; je la place cependant en première ligne, parce que, suivant la portée qu'on lui reconnaît, certaines solutions, que j'ai précédemment données, peuvent se trouver profondément modifiées.

J'ai dit, pour expliquer les effets onéreux attachés à la constitution de dot, que le constituant était réputé avoir renoncé aux avantages particuliers dont il aurait pu se prévaloir à raison du caractère gratuit de son acte. Cette formule doit être entendue avec précaution : elle est seulement destinée à expliquer comment la loi peut, sans injustice, imposer au constituant l'obligation de garantie, et faire courir de plein droit contre lui les intérêts de la dot. Mais jamais aucun texte n'a privé le constituant d'une dot du droit de réclamer des aliments à l'époux doté, et dès lors il n'y a pas lieu de supposer qu'il s'en est volontairement dépouillé. Il ne faut donc pas lui prêter d'une manière générale l'intention de n'invoquer aucun des avantages que sa situation comporte; il faut dire seulement qu'il est censé avoir abdi-

qué les prérogatives dont la loi le prive, car il était maître de les conserver par une convention expresse. D'ailleurs, pourrait-on raisonnablement supposer qu'un constituant s'est éventuellement condamné à la misère, au plus complet dénûment, et cela, en dotant un étranger ; car en dotant un de ses enfants, il conserve toujours, en qualité d'ascendant, ses droits à une pension alimentaire ?

Le constituant d'une dot peut donc, dans tous les cas, réclamer des aliments à l'époux doté ; l'opinion de Pothier, d'après laquelle le donateur d'une universalité de biens ou de valeurs considérables avait seul droit à des aliments, n'est plus reçue aujourd'hui.

Mais la créance d'aliments ne peut être, pour le constituant, l'occasion de faire revivre le bénéfice de compétence qui était admis en droit romain, et que notre droit ne connaît plus. Le bénéfice de compétence était une faveur accordée, vis-à-vis de certains créanciers, à des débiteurs qui ne pouvaient suffire à leurs engagements, faveur grâce à laquelle ils n'étaient condamnés que dans la mesure de leurs facultés, ou même retenaient de quoi acquitter leurs autres dettes et vivre à l'abri des besoins les plus pressants ; cette faveur s'expliquait par certains rapports qui unissaient le débiteur au créancier, ou par la nature de l'acte d'où résultait son engagement. Ce bénéfice permettait en un mot de ne pas payer ses dettes. Il n'existe plus dans notre droit, et le constituant de la dot ne peut l'exercer indirectement. Poursuivi en paiement d'une dot qu'il a promise, il ne peut objecter qu'en s'acquittant il se réduirait à l'indigence, et, pour ce motif, prétendre garder de quoi vivre. En supposant qu'un objet remis en dot ait été évincé, il ne peut repousser l'action en garantie, en alléguant que l'époux doté doit lui laisser des moyens de subsistance.

MM. Rodière et Pont font revivre dans ce dernier cas le bénéfice de compétence ; M. Troplong, plus circonspect, se contente de dire « qu'il ne faut pas mettre une rigueur trop minutieuse dans le recours auquel le constituant peut être exposé pour raison de garantie (n° 1252). » Ce sont là des assertions inexactes. Le constituant s'est engagé en vue de la garantie d'éviction : il la doit; mais il n'a pas renoncé à sa créance alimentaire, et il y a droit. Si la créance alimentaire était le résultat d'une réserve expresse faite par le constituant, s'il avait entendu n'être tenu de fournir la dot qu'à la condition de ne pas se réduire à l'indigence, on comprendrait qu'il pût se soustraire au paiement de la dot ou à la garantie ; mais c'est de la loi qu'il tient son droit, et dès lors il doit l'exercer tel que la loi l'organise. Il paiera la dot promise, il réparera les conséquences de l'éviction : puis il fera valoir sa créance, et obtiendra des aliments, non pas un capital comme ce qu'il voulait garder, mais de simples arrérages périodiques.

Le paiement de ces arrérages est indubitablement une charge de la jouissance ; en supposant la dot constituée à la femme, le paiement devra être procuré par la communauté, ou par le mari, s'il a la jouissance des biens constitués en dot à sa femme. Si la femme est séparée, la contribution qu'elle doit au mari se calculera sur son revenu total, déduction faite du chiffre de la pension alimentaire. Ce chiffre peut d'ailleurs absorber le revenu intégral des biens constitués en dot. Si la dot a été constituée au mari, le paiement de la pension ne soulève aucune question.

L'obligation alimentaire qui nous occupe est d'ailleurs soumise aux règles habituelles de la matière. Cependant, les effets particuliers attachés à la constitution de dot ne sont pas sans avoir quelque influence. On sait

que le seul texte où il soit parlé de l'obligation alimentaire du donataire vis-à-vis du donateur est l'article 955, qui considère le refus d'aliments comme un fait d'ingratitude donnant lieu à révocation de la libéralité. Les donations contractuelles n'étant pas révocables pour ingratitude, cette sanction de l'obligation alimentaire se trouve supprimée : il est vrai que c'est là une sanction subsidiaire, car le donateur a toujours le droit de poursuivre le paiement de sa créance d'aliments.

Mais si le donataire n'est pas exposé à la révocation de la donation, peut-il, par l'abandon volontaire des biens donnés, se soustraire à l'acquittement de la pension ? De droit commun, il le peut, car il s'agit là d'une obligation inhérente aux biens : les biens donnés sont débiteurs de la pension bien plutôt encore que le donataire. Mais en matière de constitution de dot, la règle que les époux ne peuvent renoncer aux avantages qui leur ont été faits par des tiers ne met-elle pas obstacle à un semblable abandon ? Je ne le pense pas : le mari pourra toujours abandonner les biens qui lui ont été constitués en dot, s'il trouve onéreuse la charge dont ils sont l'occasion. La femme pourra user de la même faculté, si les biens donnés ne sont grevés d'aucun droit au profit du mari ; que si les biens constitués en dot sont tombés en communauté, ou que la jouissance en ait été conférée au mari, la femme ne peut en faire l'abandon pour éteindre la dette alimentaire ; mais peu lui importe, puisque c'est le mari ou la communauté qui paie les arrérages de la pension. La question serait plus délicate, si le mari, ayant la jouissance des biens constitués en dot à la femme, et tenu dès lors de payer la pension, voulait s'en exonérer par l'abandon des biens donnés. Il ne le pourrait pas sans le concours de la femme.

J'ai toujours raisonné dans l'hypothèse où le consti-

tuant de la dot avait droit à des aliments en la seule qualité de donateur. Il pourra souvent les réclamer en qualité d'ascendant, et ses droits ne seront pas augmentés par la circonstance qu'il a fourni une dot. Enfin, le constituant de la dot a pu expressément stipuler le paiement d'une pension alimentaire ; on est alors en présence d'une donation avec charges, et le refus d'aliments pourra donner lieu à la révocation de la constitution de dot, car c'est seulement à la révocation pour ingratitude qu'elle n'est pas sujette.

II. — *Application à la constitution de dot des règles de capacité spéciales aux actes à titre gratuit.*

Il faut exiger du constituant de la dot comme de l'époux doté la capacité requise pour faire ou recevoir une libéralité. S'il existe entre eux une incapacité relative de donner et de recevoir, la constitution de dot ne leur sera pas plus permise qu'une donation ordinaire. Au contraire, il se pourra qu'une incapacité absolue de donner et de recevoir laisse place à une constitution de dot plutôt qu'à une donation ordinaire. Les condamnés à une peine perpétuelle sont frappés, par la loi du 31 mai 1854, de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. C'est là une incapacité de jouissance ; mais elle peut être levée en tout ou en partie par le gouvernement (art. 4, 1er alinéa), sans qu'il soit besoin, pour que cette faveur lui soit faite, que le condamné se trouve dans le lieu d'exécution de sa peine. C'est surtout pour lui permettre de doter ses enfants qu'on le relèvera de son incapacité : et quand il aura été habilité à cet effet, il pourra constituer la dot, sans que l'interdiction légale dont il est atteint, et dont les conséquences ne peuvent être écartées qu'au profit d'un condamné arrivé au lieu

d'exécution de sa peine, y mette aucun obstacle (1).

Je n'ai parlé, jusqu'ici, que des incapacités de jouissance. Dans la matière des incapacités d'exercice, il faut noter sur la constitution de dot une particularité très remarquable. Ces incapacités sont générales, et la personne qui en est atteinte ne peut pas plus disposer ou recevoir que faire tous autres actes juridiques ; mais les droits de l'incapable, en principe au moins, sont exercés par son représentant légal; son incapacité n'aboutit donc pas à une privation de droits. Appliquée au droit de recevoir, cette idée est exacte : la donation faite à un incapable, c'est-à-dire à un mineur ou à un interdit (2), sera acceptée par son représentant légal; mais, en outre, si l'incapable est un mineur, la loi investit ses ascendants du droit d'accepter la donation qui lui est faite. Si, au lieu d'une donation ordinaire, il s'agit d'une constitution de dot, tout est bien simplifié; car le mineur qui contracte mariage, en vertu de la règle *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* accepte lui-même la donation contractuelle, exerce lui-même son droit de recevoir, avec l'assistance des personnes qui l'autorisent au mariage. Quant à l'interdit, je crois qu'il ne peut pas se marier : il ne recevra donc pas de donations contractuelles (3). On voit donc que l'exercice du droit de rece-

(1) Pour établir que le testament n'est pas défendu à l'interdit légal, on observe d'ordinaire que la loi de 1854 prive du droit de faire son testament un condamné qui est soumis déjà à l'interdiction légale. L'argument ne me paraît pas péremptoire : car, pour ce qui est du droit de donner entre vifs, il est certain que l'incapacité résultant de l'interdiction légale et l'incapacité spéciale de la loi de 1854 se cumulent.

(2) L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas privé de l'exercice du droit de recevoir.

(3) Une observation analogue peut être faite pour la femme mariée qui exerce son droit de recevoir avec l'autorisation de son mari, mais à qui on ne conçoit pas qu'une constitution de dot soit adressée, cet acte ne pouvant être qu'antérieur au mariage.

voir une libéralité est réglementé d'une façon différente, suivant qu'il s'agit d'une donation ordinaire ou d'une constitution de dot.

Mais c'est surtout l'exercice du droit de donner qui appelle une observation importante. La donation ne peut jamais être considérée comme un acte d'administration : aussi n'est-elle jamais permise au représentant d'un incapable. Pour l'incapable, la privation de l'exercice du droit de donner aboutit donc à la privation même de ce droit. Seule, la femme mariée et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui n'ont pas de représentant, mais exercent eux-mêmes leurs droits avec une certaine assistance, peuvent donner : ils peuvent, aux mêmes conditions, constituer une dot. Les autres incapables, à savoir le mineur, l'interdit judiciaire et l'interdit légal, ne peuvent jamais donner, parce que leur représentant n'a pas le pouvoir de faire cet acte qu'ils n'ont pas la capacité d'accomplir eux-mêmes.

Si une donation ordinaire n'est jamais possible (1), la loi donne le moyen de faire, au nom d'un incapable, une constitution de dot, quand cet acte est particulièrement utile, quand il s'agit de doter un enfant de l'incapable, de remplir un devoir moral auquel il ne se serait pas soustrait. S'agit-il d'un mineur, il va de soi qu'il ne peut avoir d'enfants en âge d'être mariés (2). L'interdit, au contraire, peut avoir des enfants en âge d'être établis.

(1) Notons toutefois qu'un mineur peut, par contrat de mariage, faire une donation à son futur conjoint ; ce n'est pas là une donation ordinaire, mais ce n'est pas non plus une constitution de dot.

(2) En droit romain, nous avons vu qu'un pupille pouvait doter sa sœur consanguine ; c'était un cas exceptionnel où un acte de libéralité lui était permis, parce que les mœurs et l'usage lui imposaient de l'accomplir. Il ne faut pas dire que le pupille s'acquittait d'une obligation légale, et que dès lors la constitution de dot était un acte à titre onéreux ; nous sommes en présence d'un cas exceptionnel où il pouvait faire un acte à titre gratuit, un acte tendant à diminuer sa fortune.

En pareil cas, le conseil de famille de l'interdit, dans un avis homologué par le tribunal, le procureur du roi entendu, fixera « la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales. » (511 C. civ.) Il semble qu'en notre hypothèse, la dot ne puisse être qu'un avancement d'hoirie ; il est bien naturel, d'ailleurs, que le conseil de famille ne puisse pas faire une libéralité préciputaire. Quant au droit du conseil de famille de régler les autres conventions matrimoniales, il se réduit à la faculté de subordonner la constitution de dot à l'adoption de tel régime matrimonial et à la stipulation de tels et tels avantages entre les époux, car les conventions matrimoniales sont réglées par l'enfant doté lui-même, assisté, s'il est incapable, des ascendants qui ont consenti à son mariage, et, à leur défaut, de son propre conseil de famille.

On admet d'ordinaire que l'article 511 comporte une double extension : qu'il ne doit pas s'entendre seulement d'un établissement par mariage, et, en outre, ce qui nous intéresse plus directement, qu'il trouve son application en cas de mariage de tous les descendants d'un interdit et ne doit pas être limité au mariage des enfants au premier degré, en supposant, bien entendu, que les ascendants plus proches soient décédés ou dans l'impossibilité de fournir eux-mêmes la dot.

La pratique transporte, en outre, la disposition de l'article 511 de l'interdiction judiciaire à l'interdiction légale (1).

(1) BOITARD, art. 29 C. p ; FAUSTIN-HÉLIE, *Théorie du C. p.*, p. 168-170.

III. — *Application du rapport à la constitution de dot.*

Les biens constitués en dot sont sujets à rapport. Cette règle était déjà en vigueur dans notre ancien droit ; mais l'application en était souvent écartée, vu la fréquence des renonciations à succession que contenaient les contrats de mariage. En pareil cas, toutefois, le rapport de la dot pouvait avoir lieu quand l'enfant renonçant était l'objet d'un rappel à succession ; c'était, en effet, en qualité d'héritier, et non de légataire, qu'il prenait part à la succession.

Le rapport ne pouvait pas non plus être exercé quand la fille dotée était exclue de la succession du constituant, en vertu de la coutume. Une difficulté particulière s'élevait quand la fille dotée était exclue de la succession à certains biens situés dans le domaine d'une coutume d'exclusion, et appelée à la succession des biens situés sur le territoire d'une autre coutume. Devait-elle rapporter toute la dot, ou ne rien rapporter, ou ne rapporter qu'une quote-part de la dot calculée d'après la valeur comparative des biens dont elle était exclue et de ceux qu'elle recueillait ? « Sur quoi, nous dit le Brun, il se peut rencontrer cinq avis différents. » Quant à lui, il astreignait la fille à rapporter ce qui, dans la dot, excédait le chiffre de la succession *ab intestat* qu'elle aurait recueillie dans la coutume d'exclusion (1).

Mais quand l'enfant doté venait à la succession du constituant, le rapport était effectué. Et même, au témoignage de le Brun, la coutume de Lille soumettait au rapport les donations en ligne directe pour cause

(1) Le Brun, *Succes.*, III, vi, 2, n° 37.

de mariage, alors qu'elle en affranchissait les donations ordinaires. Quant à la coutume d'Amiens (art. 92 et 93), qui admettait le rapport de la dot en principe, elle l'écartait quand tous les enfants du constituant avaient reçu une dot, fût-ce même de sommes inégales ; elle présumait qu'en pareil cas l'ascendant commun avait entendu faire des libéralités préciputaires (1).

Dans notre droit, les biens constitués en dot sont l'objet d'un rapport à la succession du constituant, comme des biens donnés, et jamais la constitution d'une dot n'est présumée faite avec dispense de rapport.

Le rapport de la dot s'effectue suivant le droit commun ; s'il n'est pas l'objet d'une réglementation exceptionnelle, en fait, il offrira souvent des difficultés particulières. En supposant qu'un immeuble a été donné en paiement d'une dot constituée en argent, on s'est demandé si le rapport était dû de la somme promise ou de l'immeuble fourni. La jurisprudence, après quelque indécision, a reconnu que le rapport devait se faire en argent : l'argent seul est dotal, tandis que l'immeuble donné en paiement est devenu la propriété du mari (2).

Une question bien autrement délicate est celle de savoir à qui le rapport est dû quand une dot constituée par des père et mère a été payée en biens propres à l'un d'eux : le rapport est-il dû pour moitié à la succession de chacun d'eux, ou pour le tout à la succession de ce-

(1) Le Brun, *Succes.*, III, VII, n°s 10 et 17.

(2) En ce sens : Cass., 4 août 1852 : Dal., 52, I, 193. La Cour de cassation avait auparavant jugé en sens contraire : Req., 19 déc. 1811 ; Dalloz, *Jur. gén.*, Successions, n° 1306. La question se pose généralement sous le régime dotal, auquel cas la solution indiquée s'impose particulièrement. Elle doit encore être admise sous tout autre régime. L'arrêt de 1811 se réfère à une dot promise à une femme mariée sous le régime dotal; dans l'espèce de l'arrêt de 1852, il y avait régime de communauté d'acquêts.

lui-là seul dont les biens ont servi à l'acquittement de la dette. La même question se pose en matière de retour légal. Elle ne rentre pas dans notre cadre, et nous nous contenterons d'indiquer qu'au point de vue du rapport comme du retour légal, chaque époux doit être considéré comme ayant constitué la dot pour moitié (3).

Il est un cas, cependant, où la dot n'est pas soumise au rapport suivant les règles ordinaires : aux termes de l'article 1573, « si le mari était déjà insolvable et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari pour s'en faire rembourser. »

Cette disposition a son origine dans la novelle 97, chapitre 6, que nous avons étudiée en droit romain. La règle qu'elle consacrait avait passé dans les pays de droit écrit avec quelques modifications. L'action en restitution de la dot était seule rapportée, quand la dot avait été constituée par le père ou la mère de la femme à un mari insolvable à l'époque du mariage. Peu importait, semble-t-il, qu'il eût ou non une profession, et, à cet égard, l'ancien droit était plus favorable à la femme que le Code civil. En outre, l'insolvabilité du mari survenant au cours du mariage n'était préjudiciable à la femme que si, étant majeure et maîtresse de ses droits, elle avait négligé de réclamer sa dot ; sinon, le rapport de la dot elle-même ne lui était pas imposé.

Aujourd'hui, la femme ne se libère par le rapport de son action qu'à des conditions plus restrictives : il faut que l'insolvabilité du mari soit antérieure au mariage, et qu'il n'ait eu à cette époque ni art ni profession. Le texte, assurément, entend parler d'une profession lucra-

(1) Esmein, *Revue critique*, 1880.

tive qui était de nature à permettre le rétablissement des affaires du mari.

Le sens de l'article 1573 est parfaitement clair et son effet très simple. Mais on a voulu lui faire subir une extension très contestable, non pas en modifiant ses conséquences, mais en élargissant son champ d'application. Il parle de la dot constituée par le père, et on l'entend habituellement de toute dot constituée par un ascendant. Etendre à la constitution de dot provenant de la mère l'article 1573 serait, à la rigueur, admissible, car telle était la pratique des pays de droit écrit, pratique contraire aux termes de la novelle 97 ; mais l'appliquer à la dot constituée par un ascendant quelconque est bien plus hardi. Le plus sage est de se tenir rigoureusement aux termes de l'article 1573.

Ce texte est écrit au titre du régime dotal, et on a voulu l'appliquer sous tous les régimes. Une opinion moins hasardée, mais absolument arbitraire, n'étend cette disposition qu'aux régimes matrimoniaux qui, à l'instar du régime dotal, ne donnent pas à la femme de part dans l'accroissement de la fortune du mari : le régime d'exclusion de communauté et la communauté d'acquêts, par opposition à la communauté légale. Sous ce dernier régime, il faudrait traiter la femme comme si, ayant reçu la dot, elle l'avait mise dans une société qui eût périclité. Est-ce donc que la femme n'est pas censée, sous tous les régimes, avoir reçu la dot, et l'avoir ensuite transportée elle-même au mari? Et croit-on que la disposition de l'art. 1573 s'explique par l'idée d'une faveur qu'on a voulu faire à la femme, quand le régime matrimonial n'était pas pour elle une source de profits? Rien n'autorise, dans l'interprétation de l'article 1573, à s'inspirer d'une idée qui n'explique pas sa disposition. Ce texte a son origine en droit romain ; la novelle 97,

chapitre 6, ne voulait pas qu'une femme pût être astreinte à la *collatio* d'une dot qu'elle n'avait pu recouvrer du mari ; pareille règle a été adoptée dans les pays de droit écrit où le régime dotal était en vigueur, et c'est à la jurisprudence de ces pays que les rédacteurs du Code l'ont empruntée. C'est une protection qui n'appartient qu'à la femme dotale, et dont l'admission ne s'explique guère qu'historiquement, puisque, sous ce régime, la restitution de dot n'est pas plus compromise que sous les autres régimes, tout au contraire.

La règle de l'article 1573 trouve également son application, que la dot soit constituée en immeubles ou en meubles ; mais il faut reconnaître que dans le premier cas, l'inaliénabilité des immeubles dotaux, assurant leur conservation, permet toujours leur rapport en nature. Or, c'est uniquement le rapport en moins prenant qu'il est permis à la femme d'effectuer par le rapport de son action en reprise. Dès que le rapport est possible en nature, c'est que les biens constitués en dot n'ont pas été dissipés par le mari insolvable ; le rapport en nature aura lieu. Or, par suite de leur inaliénabilité, les immeubles dotaux se retrouveront le plus souvent dans la fortune de la femme. Toutefois, ils ont pu être détériorés, dégradés par le mari ; et la femme doit compte de leur diminution de valeur (863 C. civ.). Outre le rapport en nature des immeubles dépréciés par le fait du mari, elle devra une indemnité qui sera l'occasion d'un rapport en moins prenant. Si l'insolvabilité du mari ne permet pas à la femme d'obtenir réparation à raison des détériorations subies par ses immeubles, elle rapportera son action en indemnité (1).

(1) Que si l'insolvabilité du mari n'était pas antérieure au mariage, ou que les dégradations fussent le fait d'un mari non insolvable, la femme subirait un préjudice en rapportant en nature son immeuble déprécié,

L'application de l'article 1573 aux immeubles dotaux est beaucoup plus pratique quand la convention les a déclarés aliénables ; car l'inaliénabilité n'est pas le caractère distinctif du régime dotal. Il semble toutefois que la femme devrait être soumise au rapport en moins prenant dans la forme ordinaire, sans pouvoir se libérer par la remise de son action, quand les immeubles dotaux n'étaient aliénables que de son consentement, et qu'elle s'est prêtée à leur aliénation.

L'article 1573 sera facilement appliqué après la dissolution du mariage ; c'est même pour cette hypothèse spéciale que notre texte dispose, puisqu'il parle du rapport de l'action en reprise qui appartient à la femme contre la succession de son mari. Que si la succession à laquelle est due le rapport venait à s'ouvrir au cours du mariage, et que la femme puisât dans une séparation de biens le droit de reprendre sa dot, serait-elle admise à ne rapporter que son action ? Dans l'ancien droit, avons-nous dit, la femme bénéficiait de cette faveur, quand, l'insolvabilité du mari étant survenue au cours du mariage, elle avait cherché à s'en garantir, en demandant la restitution de sa dot. Elle pouvait donc, même pendant le mariage, rapporter son action en reprise. C'est ce qu'on peut encore admettre aujourd'hui, malgré l'hypothèse étroite que prévoit notre texte.

puisqu'elle prendrait en moins dans la succession une somme égale à la dépréciation causée à l'immeuble ; mais elle n'aurait pas le droit de recourir contre son mari au cours du mariage pour obtenir réparation du préjudice, et cela même dans le cas où, ayant le droit de toucher une partie des revenus de ses biens, elle aurait à souffrir de la diminution du chiffre total de sa fortune. (Bourges, 20 nov. 1872 : DALLOZ, 1873, II, 213.)

IV. — *Application de la réduction à la constitution de dot.*

Les libéralités résultant des constitutions de dot sont réductibles comme les donations ordinaires. La loi ne soustrait, à aucun point de vùe, la constitution de dot aux règles du droit commun ; mais notre ancien droit présentait à cet égard des particularités qu'il n'est pas sans intérêt de faire connaître.

D'après Roussilhe, quand la même personne avait fait plusieurs constitutions de dot, tant au profit de ses filles qu'au profit d'étrangères, les dots des étrangères étaient réduites les premières (1). Cette faveur ne pourrait plus être faite aux descendants du constituant : la réduction atteint toujours la dot la plus récente.

Quand une personne a doté plusieurs de ses enfants, en insérant à leur profit une dispense de rapport, la dot la plus récente est réduite, quand la quotité disponible est excédée. La règle de l'article 923, dont l'application est nécessaire, aboutit parfois à la méconnaissance de la volonté du constituant, qui a doté ses enfants à mesure qu'il les établissait, et entendait que le bénéfice du préciput fût maintenu aux derniers comme aux premiers. Aussi, dans l'ancien droit, quand, dans le dernier contrat de mariage, le père avait égalé toutes ses filles, toutes les constitutions de dot, au point de vue de la réduction, étaient censées faites à la même date (2). Aujourd'hui, le constituant pourrait seulement déclarer que toutes les constitutions de dot seraient réduites en

(1) ROUSSILHE, *De la dot,* ch. v, § 6, n° 121.

(2) Telle est la décision rendue par un arrêt du 3 mars 1675, rapporté par DOMAT *(Lois civiles,* III, 2, sect. 2, art. 4).

proportion de leur chiffre, sans tenir compte de leur date (1).

Ajoutons que Roussilhe transporte dans la matière de la réduction toutes les distinctions admises en matière de rapport sur le fondement de la novelle 97, chapitre 6, dans le cas où l'insolvabilité du mari a mis obstacle à la restitution de la dot à une femme atteinte par la réduction (2).

Le rapport et la réduction sont les deux conséquences les plus importantes du caractère gratuit de la constitution de dot. Nous avons dit que le conjoint de l'époux doté ne les subissait pas, dans la mesure des droits qu'il avait acquis sur les biens constitués en dot : c'est à un point de vue très spécial qu'on peut le considérer par une fiction légale comme l'ayant-cause du constituant. Mais dans quelle mesure subit-il les conséquences du rapport ou de la réduction auquel est soumis son conjoint ?

Toutes les fois que le rapport s'effectue en moins-prenant, la question ne se pose même pas. Mais la dot a été constituée en immeubles qui, en principe, doivent être rapportés en nature. En pareil cas, il faut distinguer selon les régimes matrimoniaux. Si les époux ont adopté un régime de communauté conventionnelle, et que les immeubles deviennent communs, il faut considérer qu'ils ont été aliénés, au moins partiellement : le rapport en nature devient impossible. Sous tous les autres régimes, la droit de jouissance conféré au mari sur les

(1) Quand la constitution de dot est faite en la forme d'une donation de biens à venir, on peut se demander à quelle date elle est réductible. N'est-ce pas seulement à la mort du donateur, comme un legs? Non, car, à la différence d'un legs, cette libéralité ne peut être révoquée par le donateur, ni même amoindrie ou rendue inefficace par d'autres dispositions à titre gratuit.

(2) Roussilhe, n°s 126 à 129.

immeubles de sa femme ne mettra pas obstacle au rapport en nature ; nous avons indiqué qu'il en était autrement à Rome, où le mari était propriétaire de la dot. Les droits du mari se trouveront donc résolus. La question se pose alors de savoir si les biens dévolus à la femme, dans le partage de la succession, viendront remplacer les biens qui ont été soustraits à la jouissance et à l'administration du mari. Elle est particulièrement débattue sous le régime dotal. Admettre que les biens recueillis dans la succession tiendront la place des biens dotaux rapportés me semble impossible, puisqu'on ne peut frapper de dotalité un bien qui n'a pas reçu ce caractère du contrat de mariage. D'une manière générale, il faut dire que les biens attribués à la femme dans le partage d'une succession à laquelle elle a rapporté des biens qui lui avaient été constitués en dot, ou même donnés, sont soumis au régime fixé par le contrat de mariage pour les biens à venir. Mais si le mari a droit à garantie à raison de la privation de jouissance dont il souffre, il recourra contre la femme. Si c'est un immeuble dotal qui a été rapporté, la femme ne pourra lui procurer qu'une satisfaction incomplète, en lui conférant la jouissance d'un autre immeuble, ou de certains biens qui ne peuvent pas être frappés de dotalité, être affectés à la jouissance du mari en qualité de biens dotaux.

La réduction peut atteindre une constitution de dot : si les biens constitués en dot à une femme et repris par les héritiers du constituant, à l'aide de l'action en réduction, étaient frappés d'un droit de jouissance au profit du mari, le mari évincé aura le droit de recourir en garantie contre la femme. Que si les biens donnés sont tombés en communauté, il faut dire qu'ils ont été aliénés, au moins partiellement : nous nous trouvons alors en présence de l'article 930. Tandis que les cohéri-

tiers qui ont droit au rapport ne peuvent poursuivre les acquéreurs des biens donnés au cohéritier astreint au rapport, les héritiers réservataires peuvent, à certaines conditions, s'adresser aux acquéreurs des biens qui ont fait l'objet d'une libéralité sujette à réduction. Ils pourront donc poursuivre la communauté, au moins à raison des immeubles donnés qu'elle comprend; car on admet d'habitude que l'article 930 ne s'applique pas à l'égard des acquéreurs de meubles, même aux conditions écrites à l'article 2279. La communauté aura droit à récompense contre l'époux donataire qui a subi la réduction ; elle aura bien parfois la garantie d'éviction, mais ce sera pour elle un droit illusoire, vu que les héritiers du donateur n'auront pu s'adresser à elle qu'après discussion des biens du donataire.

V. — *Une constitution de dot ne peut porter atteinte aux droits d'un donataire de biens à venir.* (Art. 1083 C. civ.)

L'institution contractuelle, ou donation de biens à venir, peut être soit une constitution de dot, une donation faite par un futur époux par contrat de mariage, soit une donation entre futurs époux. Une constitution de dot ne peut être faite au préjudice d'un donataire de biens à venir, car l'auteur d'une institution contractuelle ne peut disposer de ses biens qu'à titre onéreux.

Quand une institution contractuelle a eu lieu entre futurs époux, le donateur ne peut porter atteinte aux droits du donataire par une constitution de dot, même faite au profit d'un enfant né du mariage qui a été l'occasion de la donation des biens à venir. Mais, le plus souvent, la dot sera constituée par les deux époux conjointement ; pour fixer dans quelle mesure le bénéficiaire de l'institution contractuelle peut attaquer la cons-

titution de dot émanant de son conjoint, il faut savoir s'il n'a pas participé lui-même à cette constitution de dot qu'il attaque ; car l'enfant doté pourrait le repousser en lui objectant que *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (1). Une fois prouvé que la constitution de dot porte atteinte aux droits de l'institué contractuel, l'époux doté est astreint à la restitution effective des biens constitués en dot (2).

VI. — *Application à la dot du retour légal et du retour conventionnel.*

Les biens constitués en dot, à l'égal des biens donnés, sont sujets au retour légal et au retour conventionnel.

Le retour légal accordé aux ascendants donateurs a sa source dans le droit de reprendre la dot profectice, reconnu, à Rome, au *pater* dont la fille était morte dans le mariage (3). Ce n'était pas là pour lui un droit de succession; la loi lui donnait simplement contre son gendre l'action *rei uxoriæ.* Nos anciennes coutumes avaient élargi et absolument transformé ce droit d'une nature spéciale; d'une créance directement accordée au père de la femme contre son gendre, elles avaient fait un droit de succession reconnu à tout ascendant de l'un ou l'autre sexe, et portant sur les effets par lui donnés qui se retrouvaient en nature dans l'hérédité de son descendant prédécédé, fils ou fille. Pour en venir là, il avait fallu absolument méconnaître la nature du droit

(1) Cass., 14 déc. 1885 : S., 86, I, 481.

(2) Lyon, 28 janv. 1855 : S., 1855, II, 742.

(3) Jusqu'à l'époque de du Moulin, le droit de retour avait été exclu dans les pays coutumiers comme contraire à la règle « Propres ne remontent. » Du Moulin fit admettre que ce principe pouvait être écarté quand il n'avait pas pour but de sauvegarder la règle : Paterna paternis, materna maternis.

dont se prévalait à Rome le père qui réclamait la dot profectice ; c'était un droit qui naissait en sa personne ; il ne le recueillait pas dans la succession de sa fille, puisque l'action *rei uxoriæ* ne s'ouvrait pas en cas de prédécès de la femme. A cet égard, les idées de nos anciens auteurs étaient moins que précises ; et ils étaient allés jusqu'à se poser la question de savoir si Justinien, en appelant les ascendants à la succession de leurs descendants suivant l'ordre de proximité, n'avait pas retiré au constituant de la dot le droit de la reprendre.

Considérant que le droit de réclamer la dot à la mort de la fille était pour l'ascendant la conséquence d'une vocation successorale, on n'en était pas seulement venu à appliquer le droit de retour à toutes les libéralités, et à l'accorder à tous les ascendants ; mais on avait donné, sur certains points spéciaux, des décisions toutes nouvelles qu'on prétendait appuyer sur les textes romains.

Le droit de retour légal serait-il ouvert quand l'enfant donataire laissait des descendants ? Deux opinions étaient en présence, l'une admettant le retour, l'autre le refusant. Domat prétendait qu'elles avaient toutes deux quelque fondement dans le droit romain. Il n'en était rien : l'action *rei uxoriæ* était ouverte au père de la femme prédécédée dans les mêmes conditions qu'à la femme survivante ; l'existence d'enfants nés du mariage était seulement l'occasion d'une *retentio* (1). La question fut résolue en ce sens qu'il fallait que le donataire n'eût pas laissé d'enfants.

(1) L'unique différence qu'il y eût entre le droit du père et celui de la femme, c'est que le père pouvait, par un *pactum de lucranda dote*, renoncer à sa créance, même s'il n'était pas né du mariage d'enfants actuellement vivants : de la part de la femme, un tel pacte n'était pas possible en pareil cas.

On avait admis enfin que l'enfant donataire pouvait, en disposant des biens donnés, fût-ce même par testament, écarter le droit de retour, au moins partiellement, « sans blesser la légitime du père (1). »

C'est ainsi que le droit de retour légal naquit de la créance en reprise de la dot profectice. Ce n'était pas en tant que libéralité que la dot était recouvrée en droit romain, puisque le mari qui la restituait l'avait acquise à titre onéreux. Mais, aujourd'hui, le retour légal s'explique tout différemment ; c'est un droit de succession restreint à des biens qui ont fait l'objet d'une donation ; c'est parce que la constitution de dot est une donation que les biens constitués en dot y sont sujets.

L'événement qui donne lieu au retour légal étant la mort du donataire, la question de savoir quel sort sera fait aux droits acquis sur les biens dotaux par le conjoint de l'époux doté est bien simplifiée. Nous n'avons pas à nous demander, comme en présence du rapport et de la réduction, ce que deviennent les droits dont était investi le mari pour la durée du mariage. Quant aux droits que chaque époux peut conserver, après le mariage dissous, sur les biens constitués en dot à l'autre époux, leur sort, en cas de retour de la dot, est réglé de la façon la plus simple : ces droits sont respectés.

(1) Domat, n° 26. — Domat prétend justifier le droit de tester reconnu à l'enfant donataire par un texte des lois romaines : loi 59, *Sol. matr.* Ce texte n'a que faire dans la question. Il suppose qu'une fille émancipée et sur le point de mourir se prête à un divorce pour écarter l'action *rei uxoriæ,* à laquelle sa mort aurait donné ouverture au profit de son père, la dot étant profectice. Ainsi, la dot était restituée à la femme elle-même, son père émancipateur n'ayant pas l'action *rei uxoriæ adjecta filiæ persona,* comme il l'aurait eue *mortua in matrimonio filia.* Il y a loin de ce détour, destiné à frustrer le père, au droit de le priver par testament de la faculté de reprendre la dot. D'ailleurs, la fraude des époux était écartée, car on accordait au *pater* « utile dotis recuperandæ judicium. »

Cette solution s'impose, car le retour ne s'applique qu'aux biens donnés existant en nature dans la succession du donataire.

Ainsi en décidait le droit coutumier, comme la logique l'exigeait, puisqu'il accordait à l'ascendant donateur une vocation successorale restreinte aux objets donnés, quand le donataire n'en avait pas disposé, fût-ce par testament. L'aliénation au profit du conjoint du donataire a les mêmes conséquences qu'un acte de disposition au profit d'un tiers. Aujourd'hui, on ne cherche pas à justifier autrement le maintien des droits conféres par le contrat de mariage, et même par tout autre moyen, au conjoint de l'époux doté. Mais Domat, qui ne voulait pas voir dans le retour légal un droit de création nouvelle, mais seulement une extension, une généralisation du droit accordé au *pater* de reprendre la dot profectice, voulait trouver dans les lois romaines la preuve que le retour ne devait pas causer préjudice au conjoint de l'époux doté. C'était bien difficile, puisqu'à Rome, la restitution de la dot au *pater* était effectuée au grand détriment du mari qui aurait dû la garder. Domat ne pouvait invoquer que la loi 12, *de Pact. dotalibus*. Ce texte prévoit que, par un *pactum de lucranda dote*, le père renonce à sa créance en restitution de la dot (1). Et un annotateur de Domat ajoute l'observation suivante : « Comme le texte précité regarde la dot entière, suivant la stipulation qui avait été faite, on peut, à plus forte raison, l'appliquer aux gains qui n'en consomment qu'une partie. » Est-il besoin de faire ressortir le vice de cette argumentation ? Il était bien naturel que le constituant respectât les droits qu'il avait formellement consentis au

(1) Domat, *Lois civiles*, II, II, 3, n° 5.

mari; mais de là à maintenir les droits qu'un époux tient de son conjoint sur les biens constitués en dot par un tiers qui a le droit de retour, il y a loin.

L'idée que le droit du constituant du donateur était un droit de succession restreint aux objets donnés existant encore en nature, pouvait seule justifier le résultat dont on voulait rendre compte.

Avouons, toutefois, que dans les pays de droit écrit, les biens donnés à un descendant par contrat de mariage retournaient à l'ascendant donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf l'hypothèque de la femme pour ses conventions matrimoniales et la restitution de sa dot (1). C'est que dans les pays de droit écrit, le droit de retour n'était pas un droit de succession, mais s'expliquait par une condition tacite mise à la constitution de dot (2) ; voilà pourquoi certains droits acquis sur les biens donnés pouvaient être maintenus, et non les autres.

Le droit de retour conventionnel peut être stipulé par le constituant de la dot, comme par tout donateur qui n'est pas ascendant du donataire. En pareil cas, la condition de survie du donateur au donataire, s'étant réalisée, opère résolution de tous les droits consentis par le donataire ; les biens donnés reviennent au donateur francs et quittes de toutes charges, « sauf l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite

(1) TEISSIER, *Traité de la dot,* I, p. 67.

(2) Dans les pays de droit écrit, le droit de retour, qui s'expliquait par une condition résolutoire tacite, existait non seulement au profit du père, mais au profit de la mère et de tous les ascendants donateurs; il s'appliquait à tous biens donnés, et non pas seulement à la dot. (SALVIAT, *Jur. du parl. de Bordeaux,* éd. de 1787, *dot,* p. 206 et 209.)

par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. » (952 C. civ.)

Ainsi, les biens constitués en dot, à la différence de ceux qui ont fait l'objet d'une donation ordinaire, ne reviennent pas au donateur francs et quittes de toutes charges en cas de retour conventionnel. L'un des droits acquis au conjoint de l'époux doté, l'hypothèque de la femme, est respecté. Le droit du constituant de reprendre les biens constitués en dot, comme il reprendrait des biens donnés, fléchit devant l'intérêt de la femme. Cette décision me semble constituer une innovation ; à en croire Domat (1), le retour conventionnel faisait tomber toutes les aliénations, même l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales. L'article 952 réglemente le retour conventionnel comme le retour légal était organisé dans les pays de droit écrit, où il n'était d'ailleurs qu'un retour conventionnel tacite (2).

La restriction apportée par l'article 952 aux effets habituels de retour conventionnel pourrait assurément être écartée par une convention formelle. Tout à l'inverse, les parties pourraient déclarer que certains droits acquis sur les biens constitués en dot seraient respectés. Mais l'article 952 n'est par lui-même susceptible d'aucune extension. On a prétendu, et la Cour de Paris

(1) Domat, *Lois civiles*, II, ii, 3, n° 5.

(2) L'article 952 n'est pas la seule diposition de faveur dont l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales soit l'objet. Aux termes de l'article 1054, l'hypothèque de la femme, pour la sûreté de ses deniers dotaux, continue à peser sur les biens grevés de substitution, après l'ouverture des droits de l'appelé, quand l'auteur de la substitution l'a formellement déclaré. Il est vrai qu'à cette condition, toute aliénation ou charge consentie sur les biens substitués pourrait être maintenue. C'était seulement dans l'ancien droit, où « la dot se prenait sur les biens substitués, » indépendamment de toute réserve à cet effet, que l'hypothèque de la femme était l'objet d'une mesure de faveur. (Ordon. de 1747, tit. I, art. 44 et 45.)

a décidé (1), qu'en présence d'une donation de choses mobilières fongibles ou de sommes d'argent, sujette à retour conventionnel, la femme avait droit de préférence à l'encontre du donateur; et cela par interprétation de la volonté de celui-ci qui, dans l'article 952, nous apparaît comme subordonnant son droit de retour à l'accomplissement préalable des conventions matrimoniales. C'est inadmissible. Si la femme, en présence de meubles déterminés compris dans une donation sujette à retour, ne peut les faire vendre et se payer sur leur prix, en méconnaissant le droit de propriété qui a fait retour au donateur, il n'y a pas de raison pour qu'elle exerce ses reprises sur l'argent et les choses fongibles, au préjudice du droit de créance dont le donateur se trouve investi.

On a prétendu, en outre, que l'article 952, parlant de la résolution des charges et hypothèques, ne visait que les immeubles. Il en résulterait que le droit de retour conventionnel ne s'appliquerait aux meubles qu'autant qu'ils se trouveraient encore dans la fortune du donataire. Mais notre texte, qui soumet au droit de retour *les biens donnés*, doit s'entendre des meubles comme des immeubles ; à la vérité, les acquéreurs de meubles seront, le plus souvent, mis par leur bonne foi à l'abri de la résolution. Si l'opinion contraire était admise, on aperçoit la conséquence qui en résulterait en cas de constitution de dot : tous les meubles constitués en dot et acquis au conjoint de l'époux doté, par suite des règles de la communauté, se trouveraient soustraits au retour.

(1) 17 juil. 1839. Dalloz, *Jur. gén.*, Dispos. entre vifs, n° 1783.

VII. — *Révocation de la constitution de dot pour inexécution des charges et conditions, et pour cause de survenance d'enfant au constituant.*

Sur la première cause de révocation, on observera que, dans notre droit, la constitution de dot est toujours subordonnée à la condition tacite de la conclusion du mariage. Etant faite en vue des charges du mariage, cette donation n'est maintenue qu'au profit de l'époux qui les assume. Toutefois, la condition est suffisamment remplie dès que le mariage est conclu, et le constituant ne puiserait pas un droit de révocation dans la circonstance que l'époux doté n'emploie pas la dot suivant sa destination.

En ce qui touche la révocation pour survenance d'enfant, la constitution de dot est absolument soumise aux règles des donations ordinaires; l'article 960, qui semble la soustraire au droit commun quand elle est adressée par un ascendant à son descendant, est le résultat d'une inadvertance : un ascendant qui dote son enfant ne sera jamais en situation de révoquer la constitution de dot, puisque c'est la survenance d'un enfant à un donateur qui n'en a pas encore, qui autorise la révocation.

Au contraire, il était utile d'indiquer que les donations entre futurs conjoints ne sont, dans aucun cas, révoquées par la survenance d'un enfant au donateur; cet événement ne fera pas tomber de semblables donations, même s'il s'agit d'un enfant né d'un mariage autre que celui qui a été l'occasion de la donation. Mais les donations entre époux ne sont nullement des constitutions de dot.

VIII. — *De la transcription des constitutions de dot.*

Le caractère d'acte à titre gratuit de la constitution de dot la soumettait, conformément à l'article 939 C. civ., à la transcription exigée des donations ordinaires. Cette remarque, depuis la loi de 1855, n'a plus guère qu'un intérêt historique. On se rappellera qu'à Rome, la constitution de dot émanant d'un ascendant paternel de la femme n'avait jamais été soumise à l'insinuation ; Justinien dispensa toute dot quelconque de cette formalité. Cette dispense ne s'était pas maintenue dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1731 n'exemptait en effet de l'insinuation que les constitutions de dot auxquelles il était procédé par les ascendants paternels ou maternels de la femme ; toutes autres constitutions de dot étaient traitées comme des donations ordinaires, et spécialement les donations faites au futur mari par ses ascendants. Il semble que la pratique antérieure à 1855 soumettait sans restriction toutes les constitutions de dot à la transcription. Depuis lors, la transcription est devenue obligatoire même pour les actes à titre onéreux. Cependant, il y a encore quelque intérêt pratique à distinguer sous ce rapport les actes gratuits des actes à titre onéreux (1) ; il n'est donc pas inutile d'observer que c'est toujours en vertu de l'article 939 C. civ. que les constitutions de dot comprenant des biens susceptibles d'hypothèque sont soumises à la transcription.

(1) En particulier, les créanciers chirographaires d'un donataire, en cas de saisie, de faillite déclarée ou d'exercice de l'action paulienne, peuvent repousser une donation non transcrite (941), et cependant ils n'ont acquis ni conservé de droit réel sur l'immeuble donné.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — La constitution de dot ne présentait pas, même vis-à-vis du mari, les éléments d'un acte à titre onéreux (v. p. 20 et suiv.).

II. — Le mari, à qui avait été consenti un *pactum de lucranda dote*, n'était pas, à raison de cet avantage, traité comme un acquéreur à titre gratuit (v. p. 30 et suiv.).

III. — Le champ d'application de l'action *rei uxoriæ* était le même en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari qu'en cas de divorce (v. p. 53).

IV. — L'exception *quod facere potest* n'appartenait jamais au constituant de la dot en qualité de donateur (v. p. 74-79).

V. — La pratique, qui n'admettait pas l'action paulienne contre la femme, quand elle n'avait pas participé à la fraude du constituant, méconnaissait la nature de son acquisition (v. p. 90-96).

DROIT FRANÇAIS

VI. — Dans notre droit, le mari peut, aussi bien que la femme, être doté (v. p. 154 et suiv. et p. 209 et suiv.).

VII — La donation contenue au contrat de mariage jouit seule d'immunités particulières, et peut seule être qualifiée de constitution de dot (v. p. 187 et suiv.).

VIII. — Le mari peut, dans une certaine mesure, être considéré comme l'ayant-cause du tiers qui a constitué une dot à la femme (v. p. 212 et suiv.).

IX. — La créance d'aliments à laquelle le constituant de la dot a droit ne lui permet pas de se soustraire à l'obligation de garantie ou au paiement des intérêts de la dot (v. p. 270).

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — La nature des servitudes prédiales dépendait de la nature du fonds dominant.

II. — L'action négatoire était refusée aux copropriétaires vis-à-vis de leurs copropriétaires.

III. — La prescription telle que Justinien l'organisa admettait l'interruption civile.

IV. — Le simple pacte n'engendrait pas une obligation naturelle.

V. — La pétition d'hérédité était une action réelle.

DROIT FRANÇAIS

VI. — Les parents d'un enfant naturel ne peuvent le réduire à la moitié de sa part héréditaire, conformément à l'art. 761, que s'il y consent.

VII. — L'ascendant donateur, à qui est dû le retour légal, n'est pas, de ce chef, héritier réservataire ; en conséquence, il faut calculer la quotité disponible sur l'ensemble des biens personnels du *de cujus,* et y ajouter ensuite les biens donnés.

VIII. — Une condition mise à une donation ne peut pas être la cause déterminante de la libéralité.

IX. — Le droit de propriété littéraire tombe en communauté.

DROIT COMMERCIAL

X — L'acte de société donnant au gérant ou aux administrateurs le pouvoir de constituer hypothèque n'a pas besoin d'être rédigé en la forme authentique.

DROIT PÉNAL.

XI. — Le délit de violation du secret professionnel ne suppose pas l'intention de nuire.

XII. — Les infractions punies de peines criminelles et correctionnelles, et cependant qualifiées de contraventions, ne sont pas soumises aux règles des contraventions de police.

XIII. — Le tribunal de répression, ayant à juger un crime de bigamie, est compétent pour trancher la question préjudicielle de la nullité de l'un et de l'autre des mariages contractés.

XIV. — Une atteinte portée aux biens met dans le cas de légitime défense.

DROIT DES GENS

XV. — Le principe de la liberté de la mer ne s'applique pas aux détroits artificiels.

Vu par le Président de la Thèse,

J.-E. Labbé.

Vu par le Doyen,

Colmet de Santerre.

Vu et permis d'Imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

Gréard.

TABLE DES MATIÈRES

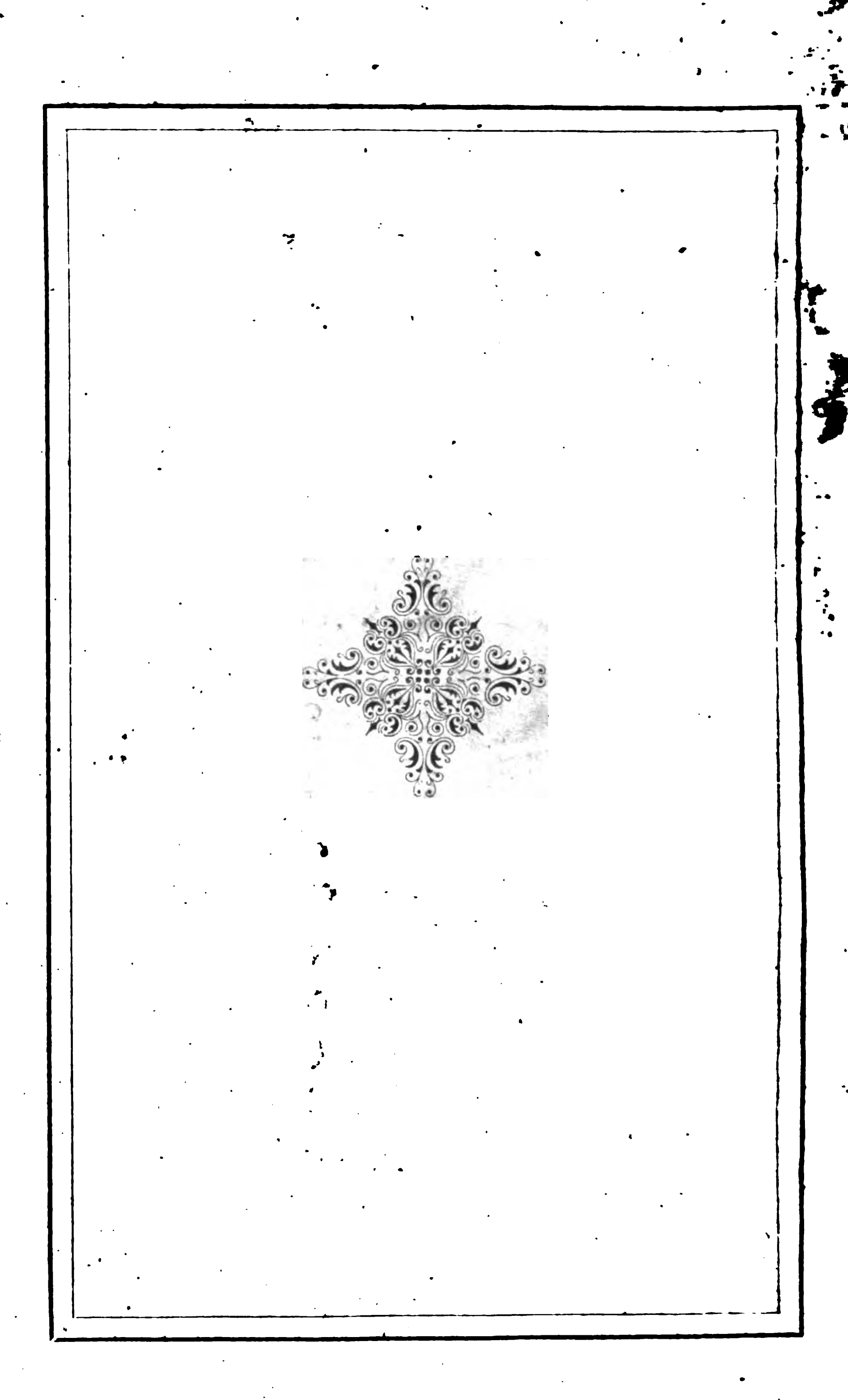
DE LA NATURE DE LA CONSTITUTION DE DOT

DROIT ROMAIN

ANCIEN DROIT

DROIT MODERNE

Dijon, Imprimerie Régionale (I. F. C.)



UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES FORMES DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE
CHEZ LES ROMAINS

DROIT FRANÇAIS

DES PROCÉDÉS DE MOBILISATION
DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE
Expérimentés ou proposés en France et dans les principaux états étrangers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 27 *juin* 1888, *à* 1 *heure* 1/2

PAR

Robert LE BRET

Avocat à la Cour d'appel

Président : M. LYON-CAEN, *professeur*.

Suffragants : MM. Jalabert, Ducroq, *Professeurs*; Alglave, *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1888

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DES
FORMES DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE
CHEZ LES ROMAINS

INTRODUCTION

Lorsque l'on étudie l'organisation de la propriété immobilière chez les Romains, un fait frappe particulièrement l'attention : c'est la pluralité des formes de la propriété qui a existé chez eux à l'époque classique.

« Le droit de propriété est celui en vertu duquel les « avantages que peut procurer une chose corporelle sont « attribués tout entiers à une personne donnée (Acca-« rias, I, p. 478). »

Ces avantages se résument en trois mots *usus* droit de se servir de la chose, *fructus* droit d'en percevoir les fruits, *abusus* droit d'en disposer.

Étant donnée cette définition, nous pouvons dire qu'il existait à l'époque classique trois espèces de propriétés : 1° la

propriété quiritaire, le *dominium ex jure quiritum;* 2° le droit du détenteur de l'*ager publicus* sur le champ qu'il occupait, la *possessio;* 3° la propriété créée par le préteur pour certains cas spéciaux, l'*in bonis*.

Si l'on veut parler d'une manière très rigoureuse, il ne faudrait donner le nom de « propriété » qu'au *dominium*, qui est le seul droit de propriété au point de vue du droit pur, du droit civil. Mais nous sommes obligé de recourir au mot « propriété » pour désigner les deux autres droits dont nous avons parlé, car nous ne trouvons pas en français d'expression spéciale pouvant s'y appliquer.

Pour bien comprendre la cause de la pluralité des formes de la propriété immobilière chez les romains, il faut savoir de quelle manière les romains opéraient lorsqu'ils voulaient reformer leur législation, soit pour satisfaire aux besoins de la pratique, soit pour porter remède à une injustice. Les romains n'aimaient point à détruire les constructions qu'ils trouvaient toutes faites; ils avaient trop le respect des traditions du passé, et ils étaient trop formalistes pour se permettre une pareille violation; ils laissaient donc intact, l'édifice légué par les ancêtres quitte à en construire un autre à côté lorsque le premier était devenu insuffisant, lorsqu'il ne correspondait plus aux besoins de la pratique.

Lorsqu'une antique loi du droit civil devenait insuffisante, ils se gardaient bien de la réformer; mais ils autorisaient une situation de fait en contradiction absolue avec le droit; la loi civile restait la règle de droit, mais en fait elle n'était point observée, elle était tournée.

A l'origine il n'existait à Rome qu'un droit de propriété sur les immeubles (1), le *dominium ex jure quiritium ;* ce droit avait un caractère politique et religieux, il n'était accessible qu'aux citoyens romains, il n'était transmissible que par les modes d'acquérir du droit civil, *mancipatio in jure cessio*, *usucapio*, *adjudicatio*, *lex*, il était protégé par une action civile la *rei vindicatio*.

Par suite de l'agrandissement du territoire de Rome, par suite des nécessités du commerce, par suite aussi du développement des idées philosophiques cette organisation étroite de la propriété immobilière se trouva insuffisante.

Que firent les Romains ?

Ils respectèrent leur législation civile mais ils firent une distinction entre le titre de propriétaire et les avantages attachés à la qualité de propriétaire ; celui qui d'après le droit ancien devait être propriétaire resta propriétaire, mais ce fut un autre qui eut les avantages de la propriété. Ainsi lorsqu'une personne transmettait à une autre par tradition une *res mancipi* le *dominium* sur la chose n'était pas transmis : l'aliénateur restait *dominus ;* la situation était inique, il fallait y porter remède, le préteur déclara, non pas que l'acquéreur deviendrait *do-*

1. Le *dominium ex jure quiritium*, s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles mais nous spécifions que nous ne parlons que des immeubles car ce que nous allons dire ne serait pas vrai en entier pour les meubles : ainsi le *dominium* sur les meubles qui ne sont pas *res mancipi* s'acquiert par la tradition, qui est un mode naturel d'acquérir la propriété et non un mode civil.

minus mais qu'il aurait presque tous les avantages de la propriété.

De même lorsque Rome avait fait une conquête elle abandonnait les terres incultes à ceux qui voulaient les occuper ; ceux-ci ne devenaient pas *domini* de ces terres; Rome en restait propriétaire, mais ils avaient tous les avantages de la propriété.

C'est grâce à cette subtilité juridique et à ce procédé législatif que les Romains ont eu à l'époque classique trois formes de propriété immobilière, *dominium*, *possessio*, *in bonis*.

La propriété immobilière unique au début, triple à l'époque classique, revint à l'unité sous Justinien ; mais elle avait subi une évolution complète. Elle n'était plus un droit politique n'appartenant qu'aux Romains, c'était un droit naturel appartenant à tous les hommes.

Nous allons étudier successivement le *dominium*, la *possessio* et l'*in bonis*.

Dans une première partie nous indiquerons comment les Romains comprenaient à l'origine le droit de propriété *dominium* sur les immeubles, quels caractères particuliers avait ce droit et quelles conséquences découlaient de ces caractères particuliers.

Dans une seconde partie nous étudierons la « *possessio* » ; nous montrerons comment ce droit s'est établi par la distinction de l'*ager privatus* et de l'*ager publicus* et comment il s'est transformé par l'agrandissement de l'*ager privatus* au détriment de l'*ager publicus*. Nous indiquerons quelles différences existaient entre la « *posses-*

sio » et le *dominium* et comment ces deux droits se sont confondus sous Justinien.

Dans une troisième partie nous étudierons la propriété bonitaire; nous chercherons comment elle s'est formée, comment elle était protégée, comment elle s'est développée, comment elle a disparu.

Enfin dans un appendice, nous ferons un exposé sommaire de l'état de la propriété immobilière sous Justinien.

Nous distinguerons donc trois parties et un appendice.

I. — Caractères de la propriété immobilière chez les anciens Romains.

II. — *Ager privatus* et *ager publicus*.

III. — Propriété bonitaire.

Appendice. — Propriété immobilière sous Justinien.

CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

CHEZ LES ROMAINS

La propriété immobilière avait à l'origine chez les Romains deux caractères particuliers, un caractère politique et un caractère religieux.

Aujourd'hui l'on considère généralement la propriété privée aussi bien immobilière que mobilière comme un droit naturel et inviolable, appartenant à l'individu indépendamment de la religion et de l'état, un droit existant par lui-même, « portant en lui-même sa légitimité, » et ayant son fondement dans l'appropriation des choses par le travail.

Chez les premiers Romains les idées étaient toutes différentes quant à la propriété immobilière.

1° *Caractère politique.*

« La propriété privée des immeubles n'était qu'une dé-
« légation de la propriété souveraine, une concession faite
« au citoyen par l'Etat. » L'Etat était considéré comme le propriétaire de tout le territoire ; la terre appartenait à tous les citoyens en général, à aucun en particulier ; l'individu n'était propriétaire que du consentement et par la volonté de l'Etat.

Pourquoi cette conception de la propriété si différente

de celle qui est généralement admise aujourd'hui ? C'est parce que la source unique de toute propriété immobilière chez les Romains a été la conquête, et que par conséquent l'Etat a toujours été en fait propriétaire du sol avant l'individu.

Les Romains considéraient la conquête comme un mode parfaitement légitime d'acquérir la propriété (1), ils estimaient en effet que le vaincu était à la discrétion du vainqueur, que tout ce qui appartenait au premier devenait la propriété du second. « *Maxime sua esse credebant quæ* « *ex hostibus cepissent* » dit Gaïus (IV, 16).

« *Quid Mitylenæ ? quæ certe vestræ, quirites, belli lege, ac* « *victoriæ jure factæ sunt*, s'écrie Cicéron (loi agr. II, 16) « *Belli lege* » « *victoriæ jure* » indiquent clairement que les Romains voyaient dans la conquête un véritable droit du vainqueur sur ce qui appartenait au vaincu. D'autre part Rome a formé tout son territoire en triomphant successivement de ses voisins. Cette proposition n'a point besoin d'être démontrée. On sait combien à l'origine fut modeste l'*ager Romanus* il occupait une toute petite surface de pays s'étendant du Tibre jusqu'au cinquième ou sixième mille, sur la route d'Albe ; on sait aussi comment les Romains agrandirent peu à peu leur territoire par des victoires sur leurs ennemis.

Etant donné ce principe, que la victoire fait acquérir la propriété du sol ennemi, et ce fait que Rome a conquis tout son territoire, la conception romaine de la propriété immobilière s'explique facilement : l'Etat a toujours été

1. Instit. II, § 1, 17.

propriétaire avant l'individu ; tous les romains ayant contribué à la victoire, tous avaient le droit d'en profiter.

« Toute propriété foncière, explique M. Giraud dans ses « recherches sur le droit de propriété, provenait de la « conquête : la possession de l'*ager Romanus* primitif lui- « même n'avait pas d'autre origine. Le droit de guerre « était donc la source première de toute propriété romaine. « Mais ce droit de la guerre n'avait point investi immé- « diatement chacun des conquérants d'une part du terri- « toire. La conquête avait été consommée par l'unité sou- « veraine du *populus* et par conséquent au profit de cette « unité même, c'est-à-dire que tout territoire conquis « avait été immédiatement réduit en *ager publicus* par « l'événement seul de la conquête. Toute propriété depuis « la fondation de la villa émanait donc de la puissance « souveraine et puisait sa garantie première dans cette « origine éminemment nationale (1). »

La manière dont s'est créée et développée la propriété privée fait comprendre d'une manière bien nette son caractère politique.

A l'origine la terre appartenait à tous en commun, Romulus fit un premier partage. « Après avoir divisé son « peuple en tribus et les tribus en curies, Romulus partagea le sol en trente portions égales et assigna une de « ces portions à chaque curie. Du surplus des terres il « attribua au culte une part convenable et laissa le reste « à l'État (2). » Ce premier partage n'est pas encore l'éta-

1. Giraud. *Droit de propriété*, p. 235.
2. Denys d'Halic. *Antiq*. III.

blissement de la propriété privée, c'est une simple restriction de la communauté.

C'est Numa Pompilius qui créa la propriété privée, c'est lui qui divisa la terre entre les citoyens, *ac primum agros quos bello Romulus ceperat divisit viritim civibus* (Cic. *de Rep.* II. 14. V. aussi Plutarque, *Numa* 16) c'est lui qui fixa des limites à la part de chacun, c'est lui qui rendit la propriété inviolable.

De ce jour il exista d'une part un domaine privé, *ager privatus* ou *ager Romanus*, de l'autre un domaine public *ager publicus ;* mais ce qu'il faut bien remarquer c'est que l'*ager Romanus* n'est qu'une fraction distraite de l'*ager publicus*, c'est-à-dire que toute terre avant d'entrer dans le domaine privé a commencé par faire partie du domaine public.

Comment en effet se composait chacun de ces domaines?

Lorsque les Romains avaient fait une conquête, tout le territoire ennemi devenait la propriété de l'Etat, selon le principe du droit de conquête, il entrait dans l'*ager publicus ;* mais l'Etat ne le conservait pas, tout entier, il abandonnait tantôt la propriété, tantôt la jouissance sur une partie de l'*ager publicus* aux individus.

Voici comment il procédait : 1° une partie des terres était généralement laissée aux vaincus ; 2° de ce qui restait, une partie était vendue aux enchères publiques ou servait à fonder une colonie ou était distribuée entre les citoyens par une loi agraire ; 3° une autre partie était réservée à l'usage commun pour servir de pâturages ou être consacrée au culte ; 4° une dernière partie enfin com-

posée des terres incultes était laissée à la disposition de ceux qui voulaient l'occuper.

Une seule de ces différentes classes de terres la seconde sortait de l'*ager publicus* pour entrer dans l'*ager privatus*, sur toutes les autres l'Etat gardait la propriété.

Le territoire abandonné aux vaincus ne leur était laissé qu'à titre de possession ; ils devaient payer chaque année un tribut à l'Etat qui était toujours maître de reprendre les champs concédés pour en faire tel usage qu'il lui plairait. On peut en dire autant des parties incultes laissées à ceux qui voulaient les occuper ; le droit de ces occupants n'était qu'une *possessio*, un droit de jouissance qui pouvait, il est vrai, se vendre et se transmettre par l'hérédité, un droit qui avait toute l'apparence extérieure du droit de propriété, mais qui était essentiellement précaire. L'Etat pouvait retirer aux *possessores* leur droit quand il le voulait.

Enfin, la partie réservée à l'usage commun restait dans l'*ager publicus*.

Nous étudierons tout à l'heure chacun de ces points avec plus de détails. Quand nous comparerons la propriété à la possession, l'*ager publicus* à l'*ager privatus*. Pour l'instant nous nous efforçons de faire ressortir le caractère politique de la propriété privée immobilière.

Or, nous avons montré que le droit de propriété privée ne portait que sur des terres vendues ou distribuées aux citoyens romains ou concédées à une colonie.

En retournant cette proposition nous pouvons donc dire que les terres qui faisaient l'objet d'une propriété privée étaient toutes ou une terre vendue, ou une terre distri-

buée soit aux citoyens pauvres soit à une colonie. Toutes par conséquent, avaient appartenu à l'Etat avant d'appartenir au citoyen, toutes par conséquent avaient été l'objet d'une concession.

2° *Caractère religieux.*

A côté de ce caractère politique la propriété privée sur les immeubles avait un caractère religieux qui se manifestait par la nécessité d'une limitation solennelle des terres, le culte du Dieu Terme, le culte de Vesta, et le culte des ancêtres.

La terre avait une importance toute spéciale au point de vue de la religion comme siége, de la famille, et par conséquent, des dieux protecteurs, et comme sépulture des ancêtres ; elle était protégée d'une façon toute spéciale par la religion qui présidait à l'établissement de ses limites, et les rendait inviolables.

1° *Limitation solennelle des terres.* — Nous avons indiqué brièvement la manière dont procédaient les Romains dans le partage des terres du vaincu ; une partie restait dans l'*ager publicus*, l'autre entrait dans l'*ager privatus*.

La première partie n'était l'objet que d'une division purement pratique, la seconde au contraire faisait l'objet d'une limitation solennelle. Tout ce que nous allons dire ne s'applique qu'aux termes de l'*ager privatus*. « Tout champ que la république a séparé du domaine pu-« blic est limité, toute terre étrangère et même toute ban-« lieue municipale est dépourvue de forme, « *arcifinius* », « elle n'est limitée que par des bornes naturelles ou arbi-

traires (1) ». Les terres, au contraire, qui entraient dans l'*ager privatus* devaient toutes être limitées. Numa Pompilius en ordonna ainsi.

En quoi consiste cette limitation? qui est chargé de la faire? quel est son but? quels sont ses effets? tels sont les différents points que nous allons étudier.

Lorsque l'État avait décrété que telles terres seraient vendues, ou qu'elles seraient distribuées au pauvres, ou serviraient à fonder une colonie il fallait fixer conformément à la loi, les différentes parties qu'il était nécessaire de distinguer.

Il s'agissait par exemple de fonder une colonie; des magistrats spéciaux désignaient le territoire qu'ils assignaient à cet effet; une fois le territoire désigné, il fallait le diviser entre les différents colons; il fallait délimiter l'emplacement de chaque centurie, faire pour chaque citoyen des parts égales ou inégales selon les cas, fixer l'endroit où serait le *Forum*, où seraient les temples, etc... La limitation solennelle des terres consistait donc à tracer les divisions nécessaires, à les tracer conformément à la loi civile et à la loi religieuse.

Ce soin était laissé aux *agrimensores*.

L'*agrimensor* était primitivement un augure, un prêtre, prenant les auspices et opérant suivant des rites religieux que lui seul connaissait; les augures furent bientôt dépossédés par des hommes de pratique, des arpenteurs géomètres *mensores*, *finitores*, *decempedatores*, qui laissant de côté l'aspect religieux que la limitation avait affecté primi-

1. Niebuhr. *Hist. Rom.*, IV. 427.

tivement, en firent un art sérieux, qu'ils approfondirent avec beaucoup de soin et qui rendit de grands services. Ils s'organisèrent en corporation et devinrent très puissants ; ils furent employés aux plus importantes opérations de l'État, le recensement, la confection du cadastre ; sous Théodose ils furent élevés au rang de fonctionnaires de l'État, ils devinrent même un ordre de l'État ; ils étaient traités de *viri clarissimi*, ils touchaient des « honoraires ». Dans les derniers temps de l'empire ils ouvrirent même des écoles, il professèrent, ils composèrent des ouvrages.

Remontons aux temps antiques où la limitation des terres était une cérémonie sacrée. L'ancien *agrimensor* chargé de faire une limitation solennelle, commençait par faire du territoire un endroit sacré, un *templum* où il put prendre les auspices. Debout, tenant dans sa main le *lituus* bâton sacré, il traçait dans le ciel deux lignes imaginaires, une première de l'est à l'ouest, qu'on nommait « *decumanus* » une seconde du nord au sud, qu'on appelait « *cardo* ». La première déterminait deux parties *dextra*, la partie méridionale ; *sinistra*, la partie septentrionale.

La seconde déterminait également deux parties *antica*, et *postica*. Ces lignes imaginaires, il les reproduisait sur la terre où il formait quatre régions *dextra antica, dextra postica, sinistra antica*, *sinistra postica*. Le point d'intersection des deux lignes se nommait *gruma*.

Cette opération avait pour but, comme nous l'avons dit, de créer un *templum ;* on ne pouvait en effet prendre

les auspices que dans un « *templum* » qu'est-ce donc qu'un *templum*.

Varron nous dit : « *In terreis templum dictum locus au-* « *gurii aut auspicii causa quibusdam conceptis verbis fini-* « *tus* (1) ». L'*agrimensor* fait de la terre un *templum* en y transportant les divisions du ciel : « Tout le ciel, dit « Michelet, divisé par le *lituus* de l'augure et soumis à sa « contemplation devient un temple. La volonté humaine « peut transporter le temple ici-bas, et appliquer à la « terre la forme du ciel (2).

Il est difficile de concevoir d'une manière très précise quelle était l'idée religieuse qui présidait à cette opération, à quelle conception religieuse se rattachaient ces usages ; l'origine en remonte aux Etrusques qui eux-mêmes la font remonter à Jupiter.

L'*agrimensor* consultait les auspices, puis s'ils étaient favorables il procédait au mesurage des terres. Sur les lignes *cardo* et *decumanus* il prenait des distances égales et par chacun des points ainsi déterminés il faisait passer des lignes *versos* et *transversos* parallèles aux *Cardo* et *Decumanus*. Il obtenait ainsi une série de rectangles d'égale dimension.

Les parcelles qui ne pouvaient entrer dans ce mesurage régulier n'étaient ni assignés, ni vendues elles restaient la propriété de l'Etat. On les désignait sous le nom de *subsecivi agri*.

La terre limitée par l'*agrimensor* avait on le voit l'as-

1. Varron. *De ling. latin.*, VI.
2. Michelet. *Hist. Rom.*, I, p. 80.

pect d'un damier. Il reste encore paraît-il des traces de ce mesurage. « En suivant la voie Emilienne entre Besena « et Bologne le voyageur est tout surpris de voir des cheminots « égaux tous parfaitement perpendiculaires à la grande « route. Ils sont tous coupés à angles droits par d'autres « routins également réguliers de sorte que les champs ont « exactement la même superficie (Elisée Reclus. *Nouvelle* « *géographie univers.* 1,344). »

L'*agrimensor* dressait un plan, *œs, forma* de la terre qu'il avait divisée ; ce plan déposé aux archives publiques faisait foi de la forme et de la dimension de chaque lot.

— Quel était le but de ces limitations solennelles ?

Un premier but pratique, naturel était de mesurer les terres, de faire un partage conforme à la loi.

En second lieu cette solennité avait pour effet d'établir d'une manière certaine la configuration de chaque terre et par conséquent d'empêcher les empiétements et les usurpations ; « *Cum Jupiter terram Hetruriæ sibi vindica-* « *vit, constituit jussit que metiri campos, signarique agros ;* « *sciens hominum avaritiam vel terrenam cupidinem, ter-* « *minis omnia scita esse voluit* » (Frag. *Vegoiæ Arrunti Velitumno.* Gœsius p. 258). Ce système de diviser le terrain en rectangles d'égale dimension était certainement celui qui pouvait le mieux faciliter les recherches, et faire retrouver les vraies limites.

Mais la limitation solennelle des terres avait un autre but qui était de rendre sacrées les limites de la propriété.

La limitation ainsi faite, la propriété qui en était l'objet

devenait immuable, elle formait une chose inviolable : Cicéron nous en donne un exemple indiscutable lorsqu'il accuse de sacrilège Antoine pour avoir établi une colonie sur un territoire qui avait déjà été concédé à une autre « *Consuluisti*, dit-il (1) en s'adressant à Antoine, *me per* « *litteras de Capua, tu quidem, sed idem de Casilino res-* « *pondissem; possesne, ubi colonia esset, eo coloniam novam* « *jure deducere. Negavi in eam coloniam quæ esset auspi-* « *cato deducta, dum esset incolumis, coloniam novam jure* « *deduci : colonos novos adscribi posse rescripsi. Tu autem* » *insolentia elatus omni auspiciorum jure turbato Casili-* « *num coloniam deduxisti, quo erat paucis annis ante de-* « *ducta, ut vexillum tolleres ut aratrum circumduceres.* »

La terre limitée formait un tout, d'une contenance invariable elle n'était point susceptible de s'accroître par les dépots d'alluvion que les cours d'eau pouvaient former sur ses bords.

Faut-il aller jusqu'à dire avec Niebuhr que le fonds limité était indivisible, qu'il formait une « unité légale, « malgré la division des parcelles, que les possesseurs « postérieurs ne pouvaient posséder que dans son ensem- « ble, qu'il ne pouvait en conséquence être aliéné qu'en « entier. » Non répond M. Giraud (2). « Cette opinion, dit- « il, me semble erronée. Ce qui a induit Niebuhr à la « produire c'est l'invariabitité résultant de la consécra- « tion augurale. Mais il est bien connu et prouvé par une « multitude des textes anciens que le terrain augural pou-

1. Philip. II, 40.
2. *Droit de propriété*, p. 130.

« vait perdre sa qualité religieuse par un rite contraire « par une *exauguratio.* »

M. Fustel de Coulanges pousse la théorie plus loin et déclare que primitivement l'*ager limitatus* ne pouvait pas être aliéné. « Fondez la propriété sur le travail, dit-il (1), « l'homme pourra s'en dessaisir. Fondez-la sur la religion « il ne le pourra plus ; un lien plus fort que la volonté « de l'homme unit la terre à lui..... Il y a des raisons « de penser que dans les premiers temps de Rome et dans « l'Italie avant l'existence de Rome la terre était ina- « liénable comme en Grèce ; s'il ne reste aucun témoi- « gnage de cette vieille loi, on distingue du moins les « adoucissements qui y ont été apportés peu à peu. La loi « des douze Tables en laissant au Tombeau le caractère d'ina- « liénabilité, en a affranchi le champ. On a permis en- « suite de diviser la propriété, s'il y avait plusieurs frères « mais à la condition qu'une nouvelle cérémonie religieu- « se serait accomplie et que le nouveau partage serait fait « par un prêtre. On a permis enfin de vendre le domaine « mais il a fallu encore pour cela des formalités d'un « caractère religieux : cette vente ne pouvait avoir lieu « qu'en présence d'un prêtre qu'on appelait *libripens* et « avec la formalité sainte qu'on appelait mancipation. »

Ce système de M. Fustel de Coulanges est une très ingénieuse conjecture ; malheureusement il est bien difficile de décider pour ou contre lui en l'absence d'indications moins vagues que celles auxquelles il fait appel.

Le seul point que l'on puisse affirmer c'est le caractère

1. Fustel de Coulanges. *Cité antique*, p 75.

religieux de la propriété foncière ; quelles furent les conséquences de ce caractère à l'origine dans les temps les plus reculés? on ne peut faire que des présomptions plus ou moins vraisemblables, cependant il semble à peu près prouvé que la solennité des modes d'acquisition de la propriété immobilière procède du caractère religieux comme du caractère politique de cette propriété.

2° *Bornage, Culte du Dieu Terme.* Une fois la terre limitée tout n'était pas fini ; il fallait encore indiquer par des signes matériels les limites qui avaient été tracées.

— Tout d'abord c'était l'enceinte de la ville ou de la colonie, qu'il fallait tracer. Le *conditor*, le magistrat chargé de fonder la colonie, après s'être purifié en sautant à travers la flamme de quelques broussailles allumées, traçait tout autour du territoire, et autour du quartier de chaque centurie, avec une charrue dont le socle était en airain et qui était traînée par un taureau et une vache blanche, un sillon continu, interrompu à certains points qui étaient destinés à être les portes. L'enceinte ainsi tracée était inviolable, personne ne devait la franchir sous peine de mort.

— Il fallait ensuite indiquer les limites de chaque propriété privée. A l'origine chaque champ devait être entièrement séparé du champ voisin ; et pour cela on laissait entre chaque propriété mitoyenne un espace neutre de quelques pieds de large qui devait rester inculte et que personne ne pouvait toucher sous peine de sacrilège, « cet espace était sacré, la loi romaine le déclarait im-« prescriptible, il appartenait à la religion. (1) »

1. Fustel de Coulanges. *Cité antique*, 72.

On plantait quelques bornes sur cette ligne séparative pour la rendre bien visible. Bientôt l'on renonça à l'usage de laisser inculte une partie de la terre, et les bornes restèrent seules pour faire respecter la propriété.

— La Borne n'était pas pour les Romains un simple signe matériel, elle était une divinité : le Dieu Terme, objet d'un véritable culte.

On n'est pas d'accord sur le fondateur de ce culte ; les uns, d'après Varron en attribuent l'institution au sabin Tatius, collègue de Romulus, les autres d'après Denys d'Halicarnasse et Plutarque à Numa Pompilius, M. Giraud concilie les deux opinions en déclarant que le culte du Dieu Terme existait déjà au temps de Romulus mais qu'il fut organisé par Numa.

Ce culte consistait d'une part dans une fête publique annuelle « *Terminalia* », de l'autre dans les cérémonies religieuses qui accompagnaient l'apposition des Bornes.

Au mois de février chaque année on offrait au Dieu Terme des sacrifices, des gâteaux de froment, du grain etc... le propriétaire faisait le tour de son champ en chantant des hymnes et en priant le Dieu.

Quant à l'apposition des bornes tout un cérémonial y présidait « Voici, dit Sicutus Flaccus (1), ce que nos ancêtres « pratiquaient : ils commençaient par creuser une petite « fosse et dressant le Dieu Terme sur le bord ils le cou- « ronnaient de guirlandes d'herbes et de fleurs. Puis ils « offraient un sacrifice ; la victime immolée, ils en fai- « saient couler le sang dans le fossé : ils y jetaient des

1. *Sic. Flaccus*, édit. Goez, p. 51.

« charbons allumés, des grains, des gâteaux, des fruits,
« un peu de vin et de miel. Quand tout cela s'était con-
« sumé dans la fosse sur les cendres encore chaudes on
« enfonçait la pierre ou le morceau de bois. »

— Le Dieu Terme protégeait la propriété.

Le Terme une fois posé suivant les rites, nul n'avait la puissance de le déplacer et malheur à celui qui le violait.

« *Numa Pompilius statuit eum qui terminum exarasset*
« *et ipsum et boves sacros esse.* »

Celui qui a touché la borne est maudit lui et ses bœufs, malédiction terrible car elle vouait à la stérilité le coupable, sa race et son champ. Tout le monde pouvait impunément tuer le maudit, personne, ne devait le recevoir ni lui porter secours.

Les bornes furent toujours très énergiquement protégées par les Romains; les idées changèrent, mais la sanction de l'inviolabilité de la propriété fut toujours extrêmement sévère.

Il y eut après Numa une atténuation de châtiment pour le crime de déplacement des bornes; la loi Mamilia remplaça la peine de mort par une amende du tiers des biens; mais sous l'empire, en présence des nombreuses violations de propriété qui s'étaient produites la loi reprit une grande sévérité; le but n'était plus religieux comme autrefois il était purement pratique.

Sous Adrien voici quelle était la règle: « *Qui terminos*
« *effodiunt vel exarant, si quidem id servi sua sponte fece-*
« *runt in metallum damnuntur, humiliores in publicum*
« *opus, honestiores in insulam, amissa tertia parte bono-*

« *rum relegantur aut exsulare coguntur* (Paul *Sentences* V. 21, § 2).

Nerva établit la peine de mort contre l'esclave qui violerait les limites dans l'intention d'usurper à son profit; s'il avait agi pour rendre service à un tiers la peine était de 2 ou 3 ans de travaux forcés: s'il y avait un simple vol de pierre (il était battu de verges. L 2 et D.XLVII. 21).

« Ainsi du culte vieilli de *Terminus* l'idée humaine qu'il « enveloppait d'une forme grossière, l'idée de l'inviola- « bilité de la propriété survécut seule et dans le langage « des jurisconsultes classiques « *terminus* » désigne moins « une divinité que la borne matérielle qui sépare un « fonds d'un autre fonds (1). »

Bornage du droit des gens. Les terres qui entraient dans *l'ager privatus* étaient soumises à une limitation solennelle; elles ne pouvaient affecter qu'une certaine forme, elles devaient être « orientées ». Il n'en est pas de même pour les terres de l'*ager publicus* même pour celles dont la jouissance, la *possessio* appartient aux particuliers; pour celle-ci point de limitation solennelle; point d'intervention de la religion pour leur répartition ; néanmoins, comme il était nécessaire que chaque domaine fût distinct du voisin, tout détenteur avait le droit de se borner; l'action « *finium regundorum* » faisait respecter ce droit.

Nous devons dire ici quelques mots de ce bornage car c'étaient les *agrimensores* qui en étaient chargés.

1. Accarias, *précis de droit Romain*, I, p. 488.

Leur rôle est dans ce cas purement technique ; il consistait à placer les bornes à l'endroit qu'elles devaient occuper, et à retrouver la place où elles devaient se trouver.

Tout leur art consistait à établir des bornes de telle sorte qu'ils pussent facilement en retrouver la situation, si elles disparaissaient ou étaient enlevées. Pour cela ils s'aidaient de la configuration physique du sol ; ils prenaient comme points de repaire tous les accidents de terrains, un arbre, une rivière, etc.... Ils imaginèrent même un système des plus ingénieux pour pouvoir retrouver la conformation et l'étendue d'un terrain. Ils désignaient par des lettres certaines distances, et en groupant ces lettres ils indiquaient la forme du domaine. Ainsi, voici un exemple donné par Innocentius (1) : un terrain est désigné par les lettres *a*, *e*, *i*, *o*; $a = 250$, $e = 600$, $i = 1000$, $o = 1500$. Il y a 4 lettres, donc le terrain est un quadrilatère, la somme des distances indique le périmètre ; chaque lettre indique le nombre de pieds qui séparent une borne d'une autre. Étant données la forme du terrain, la longueur de chacun des côtés, avec l'aide des traces qui pouvaient rester, on retrouvait facilement quel devait être l'emplacement des bornes.

Le déplacement d'une borne de droit des gens ne fut pas primitivement considéré comme un sacrilège ; mais dans la suite ce crime fut certainement puni avec la même rigueur que le déplacement d'une borne de droit civil.

1. Voir la thèse de M. Thiault, 1880, p. 80.

Culte de Vesta. — Nous avons montré comment la religion présidait à l'établissement de la propriété privée, et comment elle la protégeait, il nous reste à examiner pourquoi les Romains considéraient la propriété immobilière comme une chose sacrée.

Ils la considéraient comme sacrée à un double titre, comme siége de la famille et comme sépulture des ancêtres.

« *Quid est sanctius*, dit Cicéron (1), *quid omni religione* « *munitius quam domus unius cujusque civium ? Hic aræ* « *sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, cæ-* « *rimoniæ continentur ; hoc perfugium est ita sanctum om-* « *nibus ut inde abripi neminem fas sit.* »

Dans chaque maison romaine se trouvait un foyer où les habitants entretenaient le feu sacré : jamais ce feu ne devait s'éteindre et si par malheur un pareil accident survenait il ne pouvait être rallumé que suivant certains rites ; il fallait enflammer deux morceaux de bois en les frottant l'un contre l'autre et, en concentrant sur eux, avec, une loupe, les rayons du soleil.

Ce foyer était l'autel de Vesta, le feu était son emblême. Que représentait cette divinité? Vesta était la déesse, protectrice de la maison et de la famille, ou plutôt elle était la divinité représentant la maison et la famille ; ce que les Romains adoraient en elle c'était leur foyer, l'habitation où venait se grouper la famille, leur « *domus.* »

On sait quelle importance avait à Rome le culte public de Vesta ; la gravité des châtiments infligés aux Vestales

1. *Pro domo sua*, XLI.

qui manquaient à leurs vœux le prouve suffisamment.

Quant au culte privé il était l'objet de toutes les assiduités des citoyens qui faisaient constamment des offrandes et des sacrifices ; Vesta avait sa part de tous les repas, de toutes les récoltes. L'autel où brûlait le feu sacré ne pouvait être approché, ne pouvait être touché que par des mains pures.

On voit par là quelle importance religieuse avait aux yeux des Romains, l'habitation de la famille.

Culte des ancêtres. — Les ancêtres morts devenaient d'après les croyances romaines des Dieux tutélaires pour leurs descendants : *Dii Lares.*

On commençait par les enterrer avec le plus grand soin car l'âme qui n'avait pas de tombeau devenait un génie malfaisant *larva,* au lieu d'être un Dieu protecteur, puis sur le tombeau on offrait des sacrifices.

« L'ancien usage était d'enterrer les morts non pas « dans des cimetières ou sur le bord d'une route mais « dans le champ de chaque famille. Pour l'Italie cet usage « nous est attesté par une loi des XII tables par les textes « de 2 jurisconsultes (L. 5 D XLVII, 12-L. 15 VIII, 1) et par « cette phrase de Siculus Flaccus ; il y avait ancienne- « nement 2 manières de placer le tombeau les uns le met- « tent à la limite, les autres vers le milieu du champ (*Sic* « *Flac.* p. 45) (1). »

Ainsi les anciens Romains enterraient leurs morts dans leur champ, ces morts devenaient des dieux qu'ils adoraient : chaque famille avait donc son culte propre, ses

1. Fustel de Coulanges. *Cité antique* 10.

sacra privata, avec ses devoirs et ses fêtes, et le siège de ce culte était le champ qu'elle habitait.

Sa maison était on le voit autre chose qu'une habitation, elle était un lieu religieux où se faisaient des sacrifices, elle était un temple.

De toutes ces croyances, conclut M. Fustel de Coulanges, de tous ces usages, de toutes ces lois, il résulte clairement que c'est la religion domestique qui a appris à l'homme à s'approprier la terre et qui lui assure son droit sur elle.

3° *Conséquences du caractère politique et religieux de la propriété immobilière.*

De ce double caractère, politique et religieux qu'avait chez les anciens Romains la propriété immobilière découlent plusieurs conséquences.

1° Seuls les citoyens romains avec ceux à qui ce droit était spécialement accordé pouvaient avoir la propriété.

Si l'on remonte aux époques les plus lointaines seuls les citoyens Romains pouvaient être propriétaires ; à cette époque, en effet, étranger était synonyme d'ennemi. Dans la suite les Romains accordèrent à un certain nombre d'alliés le droit d'être propriétaires, le *jus commercii.* C'est ainsi que les Latins avant d'avoir reçu le *jus civitatis* eurent néanmoins le *jus commercii ;* l'exercice de ce droit formait une situation intermédiaire entre la situation des pérégrins et celle des citoyens sous le nom de *jus latii.*

Ce droit exclusif des citoyens Romains et de ceux ayant

le *jus commercii* se comprend facilement lorsqu'on réfléchit que toute propriété immobilière venait à Rome de la conquête et que par conséquent seul le peuple victorieux pouvait en profiter.

2° La propriété immobilière ne pouvait être aliénée que par des modes solennels.

L'on sait que les fonds susceptibles de propriété privée ne pouvaient être transmis que par une mancipation ou une *in jure cessio.* La raison d'être des solennités de ces modes d'acquérir, de ces rites réglementés avec un soin minutieux c'est la nécessité de faire intervenir l'état et la religion dans les aliénations de la propriété immobilière, l'état comme propriétaire supérieur de toutes les terres, la religion comme protectrice de toute propriété.

3° Les confiscations étaient toujours possibles.

Tout d'abord la confiscation des biens était le corollaire de toute peine capitale (1) : *Hi vero qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur* L. 8 § 4 XXVIII, 1 et les Romains n'entendaient pas par peine capitale seulement celle qui entraînait la mort, mais encore celle qui faisait perdre la cité ou la liberté au condanné. « *Rei capitalis damnatum sic accipere debemus ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio vel servitus contingit* (L. 2 pr. XLVIII, 19). »

Sous la République on put échapper à la confiscation par l'exil volontaire; mais sous l'empire la confiscation était encourue dans des cas excessivement nombreux (Voir

1. Tite Live, III, 58. Tacite, III, 68, IV, 20.

M. Naudet, *Changements dans l'adm. de l'emp. sous Dioclétien* etc. p. 95).

Quelle idée légitimait ces confiscations que nous trouvons odieuses. A l'origine c'est l'idée religieuse; le crime était un sacrilège, le coupable devait être chassé et ses biens voués aux Dieux pour purifier la cité; c'était aussi un droit appartenant naturellement à l'état; ce n'était que par une concession qu'il avait faite que le citoyen était propriétaire, il n'y avait donc rien d'odieux à ce qu'il reprit ce qu'il avait concédé.

Des exemples plus frappants encore sont ceux des confiscations faites dans le seul but de faire des donations aux vétérans. Virgile fut victime d'une confiscation faite dans ce but (Eglogue I, v. 64. IV, v. 2 et suiv.) Vespasien prit ainsi des terres du *Samnium* pour les distribuer à ses légions. (*Aggenus de controvers agror*. p. 54). L'État se considérait comme ayant le droit de retirer quad il le voulait la propriété aux citoyens: quelquefois une imdemnité était donnée aux dépossédés (1).

4° En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique l'indemnité n'était pas obligatoire.

Tout d'abord on a contesté que l'expropriation pour cause d'utilité publique fut connue chez les Romains. On appuie cette opinion sur deux motifs: le premier c'est qu'aucun texte du Digeste n'en parle, le second c'est que plusieurs passages d'auteurs semblent exclure l'idée d'expropriation entre autres ce texte de Tite-Live, qui en parlant des travaux que firent en commun les

1. Dion Cassius 49-14, 51-4

censeurs *Fulvius et Lepidus* dit : « *Habuere et in promiscuo* « *præterea pecuniam. Ex ea communiter locarunt aquam* « *ducendam fornices que faciendos. Impedimento operi* « *fuit M. Licinius Crasso qui per fundum suum duci non est* « *passus* (1).

Le premier argument tombe devant la production de textes parfaitement clairs du Code Théodosien (2). Le principal est la loi 50 *De operibus publicis*. Théodose II veut entourer d'un portique les Thermes Honorien pour cela il faut exproprier les propriétaires riverains. Il commence par déclarer que l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt privé, puis il fixe la manière dont sera payée l'indemnité.

Quant au texte de Tite-Live il ne dit point si les censeurs dont il parle agissaient dans un but d'utilité publique ou simplement pour s'illustrer « par leurs libéralités. » En ce cas ils seraient de simples particuliers et n'auraient aucun droit à demander une expropriation (3).

Enfin ce qu'il faut dire c'est qu'il n'est pas admissible que les Romains aient fait tous leurs grands travaux sans être obligés de recourir à l'expropriation. « Il n'y a « pas de peuple au monde qui ait fait plus de travaux « publics que les Romains : leurs routes seules s'étendirent « depuis la mer Noire jusque dans la Grande-Bretagne :

1. Tite-Live XL, 51.
2 Voir Thèse Garbouleau, 1859 p. 134.
3. Il y a de nombreux exemples des travaux exécutés par des particuliers (Suétone, César XXVI, Octave XXIX, Tacite, *Annales* III. LXXII).

« on sait que la ligne droite était la direction toujours « suivie et il aurait suffi du mauvais vouloir d'un proprié- « taire pour arrêter le développement de la voie Appienne « par exemple? Cela n'est pas croyable (1). »

Le principe de l'expropriation étant admis, l'indemnité était-elle obligatoire. La règle générale était certainement de l'accorder. Dans la plupart des exemples d'expropriation que les auteurs nous rapportent il est question d'une indemnité. (Frontin *de aquæductibus*, n° 128, n° 125. — Code Théodosien, Loi 53, XV, I — Nov. VII chap. II). Le fait d'une indemnité accordée au dépossédé nous est même rapporté dans des cas où il ne s'agit pas de véritable propriété. Ainsi lorsque Tibérius Gracchus proposa de reprendre aux patriciens une partie des terres publiques pour en faire une distribution au peuple, il consentait à payer une indemnité, de même Denys d'Halicarnasse (2) dit que l'on remboursait leurs dépens à ceux qui avaient construit une maison sur un lieu public s'ils se trouvaient dans la nécessité de la détruire.

Doit-on dire qu'il était nécessaire de donner cette indemnité ? Non; l'indemnité n'était pas absolument obligatoire (3); nous trouvons en effet dans Cicéron un cas où l'expropriation a eu lieu sans que le proprétaire eut rien reçu (Cic. *de off.* III, 16) : Voulant démontrer que le vendeur d'un immeuble doit sous peine d'un recours en

1. Fresquet. *Revue historique du droit français et étranger*, VI 100.
2. *lib. 10.*
3. Voir M. Accarias. *Précis de droit Romain*, I. 488 n. 1.

garantie faire connaître à l'acheteur tous les vices de son immeuble, qu'il connaît, Cicéron cite cet exemple : « Les « augures ayant à exercer leurs fonctions sur le Capitole « ordonnèrent à Claudius Centumalus de faire démolir la « maison qu'il avait sur le mont Cœlius et dont la hauteur « les gênait pour prendre les auspices. Claudius immé- « diatement met sa maison en vente ; il trouve un acqué- « reur ; c'est Calpurnius Lanarius. Mais les augures si- « gnifient le même ordre à Calpurnius Lanarius qui est « obligé de raser la maison et qui apprenant que Clau- « dius ne l'a mise en vente qu'à cause de l'injonction « qu'il avait reçue, intente une action en garantie contre « le vendeur au nom de la règle qu'il ne faut rien livrer « qu'avec bonne foi... » le juge prononça donc : « que le « vendeur sachant l'ordre des augures et ne l'ayant point « déclaré dans l'acte devait indemniser l'acheteur. »

Il semble bien, dans cette hypothèse, que le propriétaire de la maison n'a touché aucune indemnité d'expropriation. On peut donc dire que si dans la plupart des cas le propriétaire exproprié était indemnisé, néanmoins la nécessité d'une indemnité n'était pas une règle établie d'une manière absolue.

5° Le caractère politique de la propriété immobilière nous donne l'explication de l'usage si répandu à Rome de faire des distributions de blé aux pauvres et à l'armée.

Ces distributions ont existé de tous temps à Rome ; le roi Ancus donnait déjà des congiaires et le Sénat Romain faisait des distributions de blé en temps de disette. Les empereurs firent de cet usage une institution permanente ; tous les mois on livrait aux citoyens le blé à un prix

dérisoire ; aux distributions de blé vinrent même s'ajouter des distributions d'argent ; ainsi Antonin donnait par an en moyenne 135 sesterces par tête.

« Dans ces distributions, dit M. Duruy, les écono-« mistes voient justement une mesure détestable. Mais « l'historien est forcé d'y reconnaître, au lieu d'un « moyen de corruption habilement employé par les em-« pereurs, une des plus vieilles coutumes de Rome... « Quand le peuple romain eut acquis par les armes la « propriété du sol provincial, il en assigna une partie à « certains de ses membres par la fondation des colonies ; « sur le reste il établit des impôts en argent pour payer « les services publics et des impôts en nature pour « nourrir le peuple, les armées et les gouverneurs de « province avec leur suite. » Puisque les anciens croyaient que tout appartient au vainqueur on comprend que les distributions de blé aient été parfaitement légitimes. L'état, c'est-à-dire le peuple romain, était maître de toutes les terres ; tous les citoyens avaient donc le droit de profiter du produit de ces terres : les uns recevaient le droit de propriété sur un champ, les autres recevaient du blé. Les distributions de blé se faisaient au même titre, procédaient du même principe que les distributions de terres.

Nous avons fini la première partie de notre travail qui consistait à rechercher quels étaient les caractères de la propriété immobilière chez les Romains ; nous avons montré combien les idées anciennes différaient des nôtres ; comment les Romains rattachaient l'idée de

propriété à l'idée de conquête, comment ils mettaient leur champ sous la sauvegarde de la religion.

Cette propriété politique et religieuse réservée aux citoyens est à l'origine le seul droit que l'on puisse qualifier de « propriété »]: « *aut enim ex jure quiritum unusquisque erat dominus aut non intelligebatur « dominus »* (Gaïus inst. II, § 40), mais sans avoir la « propriété » il était possible néanmoins d'avoir les avantages de la propriété; sans être « propriétaire » il était possible d'avoir sur un immeuble des droits analogues à ceux d'un « propriétaire. »

Il existe pour ainsi dire un droit de propriété naturel à côté du droit de propriété civile : c'est cette seconde sorte de droit sur les immeubles que nous allons étudier.

AGER PRIVATUS, AGER PUBLICUS.

Le véritable propriétaire est celui auquel appartient un champ de l'*ager privatus*, à côté de ce propriétaire se trouve le détenteur de l'*ager publicus*.

Nous allons mettre en parallèle la situation des détenteurs de l'*ager publicus* et celle des propriétaires. Nous commencerons par indiquer comment le droit de chacun s'établissait, puis nous ferons ressortir les différences qui les séparaient.

1° *Composition et étendue de l'ager privatus et de l'ager publicus.*

Entraient dans l'*ager privatus*.

1° Les terres vendues aux enchères, *agri quæstorii*. Cette vente se faisait par les soins du *quæstor ærarius* ou du *censor :* on apposait des affiches dans les endroits les plus fréquentés (Cicéron *pro Quintio* 15). Le jour venu on procédait à la vente sur le *Forum* (Cic. *loi agr*. I, 3. II, 21).

2° Les terres distribuées à la *plebs inops* ou aux vétérans, autrement dit les terres sur lesquelles étaient fondées des colonies *agri assignati*.

Les colonies eurent primitivement un but essentielle-

ment militaire, l'ancienne colonie était, comme dit Machiavel, « une sentinelle, » une garnison établie au milieu des vaincus pour les surveiller, réprimer les révoltes, et leur rappeler toujours la suprématie de Rome.

Depuis les Gracques elles eurent un but social ; elles servaient à établir les citoyens pauvres.

Après Sylla elles ne servaient plus qu'à récompenser les soldats et les vétérans, témoins les colonies fondées en Italie et en province par Sylla, César et Antoine.

Les colonies étaient décrétées par un sénatus-consulte ratifié par un vote du peuple, une loi *lex colonica* et aussi *lex agraria* determinait les conditions dans lesquelles elles devaient être fondées, le nombre de colons qui la composaient, l'étendue de terrain qui leur était concédée. Nous avons montré comment la religion intervenait dans la fondation, nous avons indiqué comment les *agrimensores* formaient les lots. Il nous reste à donner quelques indications complémentaires. Seules les terres arables faisaient l'objet du lotissement, les autres, les endroits boisés, ou marécageux etc., n'étaient pas assignées et formaient le domaine commun de la colonie. Les lots étaient généralement de même étendue et étaient tirés au sort ; cependant, dans les colonies militaires, quelques fois la grandeur du lot variait avec le grade militaire des colons.

Les terres ainsi assignées étaient concédées tantôt à titre purement gratuit tantôt à charge de redevance (*vertieales agri*).

Au contraire restaient dans l'*ager publicus*.

1° Les terres laissées aux vaincus: Ceux-ci continuaient à occuper une partie de leur territoire, mais leur titre chan-

geait: au lieu d'être propriétaires, ils devenaient tributaires et devaient payer une redevance soit une rente en argent soit une quotité de fruits. Cette redevance est l'origine et la raison d'être de l'impôt chez les Romains.

Les Romains n'avaient pas toujours la magnanimité de laisser aux vaincus une partie de leur territoire ; ils les dépouillaient quelquefois totalement : ceux qui avaient violé les traités, ou trahi leur serment n'avaient aucune grâce à attendre : les Etrusques furent ainsi privés de leur territoire entier par Sylla et par César (Michelet T. I).

2° Les prairies et les parties boisées étaient réservées à l'usage commun et formaient « l'*ager publicus* » dans le sens restreint du mot. Chacun pouvait envoyer dans les prairies, paître ses troupeaux moyennant une redevance proportionnelle au nombre de têtes de bétail qu'il envoyait, ce droit fut une des sources des luttes intestines qui ont déchiré Rome et qui sont restées célèbres dans l'histoire sous le nom de Lois agraires. Nous en parlerons plus loin.

Cette partie de l'*ager publicus* restait absolument commune et n'était point comme les autres parties, l'objet de droits présentant une analogie considérable avec le droit de propriété.

Les lacs, les étangs, les mines, restaient aussi dans l'*ager publicus* et étaient affermés au profit de l'Etat.

3° Les terres incultes étaient abandonnées à ceux qui voulaient les occuper et les défricher ; l'état s'en réservait la propriété, mais il en abandonnait la jouissance moyennant une redevance du dixième des moissons ou du cin-

quième des fruits perçus, à ceux qui les occupaient ; on désignait ces champs sous le nom d'*agri occupatorii*.

L'occupant n'était pas un propriétaire, *dominus*, mais il était plus qu'un fermier ; il avait une situation particulière, ayant tous les avantages matériels de la propriété, mais qui n'était pas la propriété : il pouvait vendre, transmettre sa terre par héritage etc... mais il devait payer une redevance à l'Etat ; et de plus l'Etat pouvait toujours lui reprendre son champ quand il le voulait, quelle qu'ait été la durée de la possession de l'occupant, quelles qu'aient été les dépenses qu'il eut faites sur le champ.

Ce point est essentiel à noter car il donne la clef de toutes les luttes agraires.

Voilà d'après quels principes Rome distribuait les terres conquises, une partie était donnée en toute propriété aux citoyens, une autre partie était donnée à ceux qui voulaient l'occuper, ou laissée aux vaincus à titre des «*possessio* », une troisième partie restait publique.

Cette troisième partie nous ne nous en occuperons qu'incidemment à propos des lois agraires car elle n'était jamais l'objet d'une « *possessio* » ou d'un « *dominium* »

Développement de l'ager privatus; fonds italiques, fonds provinciaux — L'*ager privatus* s'est continuellement agrandi depuis le jour où il fut fondé par Numa jusqu'au jour ou sous Justinien il comprit tout l'empire : les usurpations les distributions de terres, les colonies, les concessions de terre furent les causes de cet agrandissement.

Cette évolution ne se fit pas sans crises : il y eut au commencement de Rome sous la république des luttes effroyables entre les patriciens et les plébéiens.

Les patriciens s'étaient emparés de toutes les terres laissées au premier occupant soit en faisant monter le prix des redevances trop haut pour que les pauvres pussent les payer, puis une fois maîtres des terres ils ne payèrent plus les redevances qu'ils devaient. De plus ils avaient accaparé les pâturages publics en y envoyant des troupeaux énormes et ils ne payaient plus de droit à l'Etat.

« Les riches, dit Michelet (1) étaient les maîtres de « l'Etat, ils dominaient le sénat, remplissaient toutes les « charges, ils spoliaient le monde en qualité de consuls « et de préteurs; comme censeurs ils spoliaient l'Italie en « adjugeant aux riches, aux hommes de leur ordre la « ferme des domaines de l'Etat, au préjudice des pauvres « qui les tenaient au prix très bas des anciens baux. Peu « à peu ces terres devenaient la propriété du riche loca- « taire et par la connivence des censures ils cessaient d'en « payer le fermage. »

Les patriciens devenus seuls fermiers de l'*ager publicus*, ne payaient plus de redevance, vendant, donnant, léguant, transmettant par héritage leurs droits sur ces champs se considérèrent comme de véritables propriétaires.

Le premier qui voulut réagir contre cet état de chose fut Spurius Cassius. C'était un patricien et des plus illustres il avait été trois fois consul; il voulut rendre à l'Etat ses revenus, et donner des terres aux pauvres. Il proposa de partager entre les plus malheureux une partie de l'*ager*

1. *Hist. Romaine* II, 141

publicus, et d'exiger des fermiers de l'Etat le paiement de la redevance.

La loi fut adoptée mais ne fut jamais appliquée. Sp. Cassius fut condamné par les grands a être battu de verges et décapité.

Le second fut Licinius Stolon. Il demandait : 1° que nul ne put envoyer aux pâturages publics plus de cent têtes de gros bétail et cinq cents têtes de petit 2° que nul ne put posséder plus de 500 *jugera* de terres de l'*ager publicus*. Ce second point a donné lieu a beaucoup de discussions ; on avait généralement compris que la loi de Licinius Stolon avait pour but de fixer un *maximum* à la propriété privée ; aujourd'hui il est bien démontré que la loi ne s'appliquait qu'à l'*ager publicus*.

En effet c'est la seule explication plausible de ces revendications de la plèbe ; de plus les récits de Plutarque et de Tite-Live en se complétant mutuellement font bien ressortir ce point que les lois agraires de Licinius Stolon et de Tibérius ne s'appliquaient qu'à l'*ager publicus*. Plutarque faisant une description de la situation de l'Italie au moment où Tibérius entreprit la lutte contre les patriciens, indique avec grands détails comment les riches ont accaparé l'*ager publicus*. Et Tite-Live après avoir dit en parlant de la loi de Tibérius Gracchus : « *Alteram de* « *modo agrorum ne quis plus quam quingenta agri possi-* « *deret,* » explique dans les chapitres suivants sa pensée « lorsqu'au livre 58e son épitomator ancien, du témoi- « gnage duquel nous sommes olbigés de nous contenter, « en l'absence du texte qui est perdu, nous dit.... *Ne*

« *quis ex publico agro plus quam quingenta jugera possi-*
« *deret* (1). »

Il est donc bien établi que les lois agraires n'avaient pour but que de réagir contre une usurpation. On ne réclamait l'exercice que d'un droit existant d'une manière incontestable au profit de l'Etat. La revendication de la la plèbe était parfaitement légitime.

Elle échouera néanmoins devant la résistance des riches.

— Tibérius Gracchus reprit la loi de Licinius Stolon : Que personne ne puisse posséder plus de 500 arpents de l'*ager publicus*.

Que personne n'envoie aux pâturages plus de cent têtes de gros bétail et cinq cents de petit.

Que chacun ait sur ses terres un certain nombre d'ouvriers de condition libre.

Qu'une distribution de terres soit faite aux pauvres, avec les terres reprises aux détenteurs et celles non encore distribuées.

Pour rendre l'application de la loi moins dure Tibérius Gracchus proposait de laisser aux détenteurs de l'*ager publicus* en plus de leurs 500 *jugera* 250 *jugera* pour chacun de leurs enfants mâles non encore émancipés; de plus il proposait d'allouer une indemnité pour les dépenses utiles faites sur les fonds qui seraient repris. Il est vrai qu'il supprima ces adoucissements à la loi devant la résistance des riches.

Cette indemnité n'était en aucune façon due par l'État

1. Giraud. *Droit de propriété*, 177.

à ceux auxquels il retirait les terres, mais Tibérius Gracchus avait compris qu'il y avait là une situation délicate en fait. « Au point de vue du droit, strictement « interprété et rigoureusement appliqué il n'y avait « donc ni injustice, ni spoliation de la part de l'État à « évincer les possesseurs et à donner une destination « nouvelle à des terres dont il avait pu concéder, aliéner « même la jouissance mais dont il s'était réservé la nue « propriété. Cependant en agissant ainsi, l'Etat aurait « causé un préjudice notable à des citoyens nombreux « dont plusieurs au moins avaient agi de bonne foi... « dans le nombre des possesseurs du domaine qui s'é« taient les uns par ruse et par usurpation, et les autres « par achat rendus propriétaires il y avait deux catégories « distinctes. Autant les grands et les riches qui avaient « usurpé les terres publiques méritaient peu d'égards « autant en méritaient ceux qui s'étaient rendus acqué« reurs de bonne foi (1). »

Tibérius Gracchus complétait sa loi en défendant aux citoyens de vendre la portion qui leur était assignée.

La loi fut adoptée et trois commissaires, Tibérius Gracchus, Caïus Gracchus et Appius Claudius nommés; sur ces entrefaites arriva à Rome le testament du roi de Pergame Attale III qui instituait le peuple romain comme héritier de ses biens. Tibérius immédiatement proposa une nouvelle loi agraire d'après laquelle les biens du roi de Pergame devaient être vendus et l'argent qui proviendrait de cette vente employé à acheter des bêtes de somme et des instruments aratoires pour

1. Macé. *Lois agraires*. p. 327.

tous ceux qui devaient bénéficier du partage des terres.

L'aristocratie se servit de cette seconde proposition pour perdre Tibérius Gracchus ; elle la prétendit inconstitutionnelle, car seul le sénat pouvait disposer des terres acquises ; elle accusa Tibérius d'aspirer à la tyrannie. Abandonné par le peuple il fut assassiné par les nobles.

La loi agraire ne fut cependant pas révoquée ; aux deux triumvirs restant le peuple ajouta Licinius Crassus et la lutte recommença. Mais l'exécution de la loi rencontrait des difficultés inextricables. Les possesseurs de terres qui souvent avaient acheté, ou du moins reçu en échange d'une valeur quelconque, les champs qu'ils occupaient, qui en tous cas du moins avaient fait des dépenses pour défricher, pour cultiver, pour améliorer opposaient une résistance opiniâtre.

Caïus Gracchus renouvela la loi de son frère mais on n'a aucun renseignement sur l'application qui en fut faite. Il prit vigoureusement en main les intérêts du peuple mais la plupart des mesures dont il demandait l'application sont étrangères à notre sujet : Nous ferons remarquer simplement qu'il fit adopter une loi *Frumentaria* qui ordonnait de distribuer tous les mois gratuitement du blé au peuple (*Appien.* 1, 21) et qu'il réclama la fondation de colonies. On sait que les patriciens ruinèrent sa popularité en faisant renchérir sur toutes les propositions qu'il faisait par son collègue Livius Drusus, que la guerre civile éclata, qu'enfin Caïus Gracchus obligé de fuir fut assassiné.

— La réaction se fit aussitôt : les lois des Gracques fu-

rent abolies, les patriciens firent adopter une première proposition d'après laquelle il était permis de vendre les terres concédées par l'Etat.

Une seconde loi défendit de partager à l'avenir les terres du domaine public qui devaient rester aux possesseurs actuels en échange d'une redevance.

Enfin une troisième loi supprima cette redevance (1).

Les riches avaient ainsi par quelques mesures habiles reconquis le domaine public et changé leur droit de possession en droit de propriété. Ils ne furent plus inquiétés ; il y eut encore des lois agraires mais elles n'eurent plus comme but que de faire des distributions de terres aux pauvres.

Plusieurs lois agraires furent proposées par Philippus Saturninus, Titius, Livius Drusus demandant des distributions de terres. On a peu de renseignements sur elles.

Servilius Rullus est l'auteur d'une loi agraire que Cicéron combattit: Il proposait de vendre les terres récemment conquises et quelques domaines peu productifs pour l'Etat comme la forêt de Scantia en Campanie et d'acheter avec le produit de ces ventes des terres que l'on donnerait aux pauvres. Le soin d'appliquer la loi serait confié à des décemvirs (2) auxquels on accorderait un pouvoir très étendu, droit de disposer en maître des terres de l'Italie, de la Syrie et des nouvelles conquêtes de Pompée, droit de vendre les terres, de poursuivre qui bon leur

1. Voir Macé, *Lois agraires* 354 et s.
2. id. p. 373.

semblerait, de condamner à l'exil, de puiser dans le trésor public l'argent dont ils auraient besoin, de se faire rendre compte par tous les généraux du butin qu'ils auraient conquis.

Cette loi agraire fut repoussée grâce aux efforts de Cicéron (3) qui fit ressortir tout le danger de l'institution de ces décemvirs.

— Enfin une dernière loi agraire *lex Julia*, de César proposant de distribuer le domaine public entre tous les citoyens pauvres ayant plus de trois enfants. Pour suppléer à l'insuffisance du domaine public on achéterait des propriétés particulières au prix fixé par le dernier cens, avec l'argent retiré par Pompée de ses conquêtes. Vingt commissaires seraient chargés de l'exécution de cette loi.

Cette loi fut exécutée : elle est la dernière loi agraire ayant eu pour but de satisfaire aux légitimes réclamations de la plèbe : il y eut après elle d'autres lois agraires mais elles n'étaient destinées qu'à donner des terres aux soldats, à titre de récompense.

Regardons maintenant ce qui s'est passé hors de Rome : une révolution complète s'est produite : à l'origine on distinguait l'*ager Romanus* et l'*ager publicus*, à l'époque classique il faut distinguer les fonds italiques et les fonds provinciaux. Le sol italique est devenu susceptible de *dominium* : le sol provincial n'est susceptible que de *possessio*.

« *In provinciali solo*, dit Gaïus, *dominium populi romani*

3 Cicéron *Loi agraire*.
4. Macé, p. 422.

« *est vel Cœsaris, nos autem possessionem tantum et usum*
« *fructum habere videmur*, Gaïus II, 7. »

A quelle époque cette transformation s'est-elle opérée? on n'est point d'accord : les uns croient qu'elle a été l'objet d'une mesure génératе, les autres qu'elle s'est introduite petit à petit, par des concessions successives.

Le doute vient de ce qu'aucun renseignement sur cet événement ne peut être trouvé dans les auteurs latins,

M. Accarias pense que l'assimilation des terres italiques à l'*ager Romanus* fut faite à la suite de la guerre sociale en même temps que fut concédé aux Italiens le droit de cité.

Cette opinion est repoussée, victorieusement à notre avis par d'excellents arguments.

La loi *julia* qui intervint à la suite de la guerre sociale ne concéda point, comme on semble le croire, le droit de cité aux Italiens; elle donnait simplement aux cités la faculté d'opter entre leur droit et le *jus civitatis :* le *jus civitatis* devait être formellement accepté par le peuple qui l'obtenait.

« *Ipsa denique julia, qua lege civitas est sociis et Latinis*
« *data qui fundi populi facti non essent civitatem non ha-*
« *berent* » (Cic. *pro balbo* VIII).

Il est de plus certain que plusieurs villes fédérées hésitèrent à accepter le *jus civitatis*, Naples, Héraclée par exemple (Cic. *pro balbo* VIII) ou le refusèrent comme Pouzzoles (Cic. *de leg. agr*. II, 31).

La loi Julia a donc un caractère facultatif. On ne peut pas tirer de son existence la présomption qu'on tirait; puisque le droit de cité n'a pas fait l'objet d'une conces-

sion générale aux Italiens il n'y a point de raison de supposer que le droit de propriété quiritaire ait été accordé à tout le sol italique par une même mesure.

De plus il semble bien plus conforme aux habitudes Romaines de procéder par concessions particulières que par mesure générale. Nous verrons que dans la suite, ils accordèrent fréquemment à des villes provinciales une condition semblable à celle du sol italique ; ces concessions n'étaient faites qu'à titre particulier, en faveur de certaines villes, ce ne fut que sous Justinien que la mesure fut généralisée et que toutes les terres, provinciales comme italiques, furent soumises au même régime.

Enfin un dernier argument c'est que si une loi était intervenue et avait, par une mesure générale, assimilé toutes les terres italiques à l'*ager Romanus*, il serait bien extraordinaire qu'il ne soit resté aucune trace de cette loi dans les auteurs latins, que son nom ne nous soit pas parvenu, et qu'aucune de ses dispositions ne nous ait été conservée.

Tous ces arguments nous paraissent démontrer d'une façon évidente que la transformation de la condition juridique des terres italiques n'a pas été l'œuvre d'une mesure générale.

On a conjecturé que, avant cette transformation des terres italiques, les territoires des peuples qui avaient obtenu le *jus latii* était susceptible de *dominium*.

Cette opinion n'est généralement pas admise, le *jus latii* est en effet un droit personnel ; il s'applique à une personne et non à une terre.

Le privilège accordé aux villes italiennes fut dans la

suite concédé à un grand nombre de cités (L. 2 *de cens.* L. 15) sous le nom de « *jus italicum.* » Donner à une cité le *jus italicum* c'était lui accorder la condition juridique des fonds italiques.

En quoi consistait ce « *jus italicum,* » quelle était sa nature, quels droits comprenait-il ?

Le « *jus italicum* » était avant tout un droit territorial, c'est-à-dire qu'il s'appliquait au sol et non aux personnes : dans tous les textes, en effet, il est présenté comme appartenant à des villes ou à des fonds de terre (D. *de censibus*, l. 15, C. XI, 20. Pline l'ancien *Hist. nat.* 3, 3. C. th. XIV, 13).

De plus, comme le fait remarquer M. Giraud (1), si le *jus italicum* avait été un état des personnes, il n'aurait pu coexister avec la latinité ou le droit de cité ; et ce fait se présente souvent : en effet, le *jus italicum* se rencontre encore après que Caracalla eut donné le droit de cité à tous les habitants de l'empire.

Ce caractère territorial du *jus italicum* a été méconnu par d'anciens auteurs comme Sigonius qui ont été trompés par une restitution erronée d'un texte d'Asconius Pédianus. (*In Pison circa* vers 80). Voici la version fausse que l'on donnait : « *duo porro genera earum coloniarum,* « *quœ a populo romano deductœ sunt, fuerunt : erant enim* « *aliœ quibus jus Italiœ dabatur, aliœ autem latinorum* « *essent ;* il faut dire : *ut quiritium aliœ, aliœ autem lati-* « *norum essent.* »

Quels avantages conférait au sol provincial ce *jus italicum.*

1. Giraud *dr. de proprité*, 298.

1° Il attribuait au territoire le privilège de la propriété romaine.

2° Il exemptait de l'impôt foncier :

« *In Lusitania Pacenses, sed et Emeretenses juris Italici* « *sunt, idem Valentini et Lusitani habent, Barcenonenses* « *quoque ibidem immunes sunt.* » L. 8 D. *de cens.* L, 15.

A côté de ce caractère territorial, le *jus italioum* avait un certain caractère personnel. L'habitant de l'Italie avait certains privilèges attachés à cette qualité , ainsi :

La loi *Furia de sponsu* ne s'appliquait qu'en Italie ; cette loi limitait à deux ans l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores.* « *lex quidem Furia tantum in Italia valet.* » Gaïus III, 122.

Au piont de vue des excuses à la tutelle par suite du nombre d'enfants, l'Italien était dans une situation spéciale. A Rome, on était exempté de la tutelle lorsqu'on avait trois enfants, dans les provinces quand on en avait cinq, en Italie quand on en avait quatre (Inst. 1, 25).

M. Giraud soutient qu'un autre effet est encore attaché au *jus italicum;* pour lui ,toutes les cités qui ont le *jus italicum* ont une organisation municipale indépendante.

Mais il n'apporte à l'appui de sa thèse qu'un argument insuffisant tiré de la numismatique : les pièces de plusieurs cités ayant le *jus italicum* portent l'image du dieu Silène debout et la main levée ; cette image serait paraît-il l'enblème de l'indépendance.

— Le *jus italicum* fit l'objet de nombreuses concessions : Les premières furent probablement faites par Auguste.

« *Sed et Berytensis colonia in eadem provincia Augusti*

« *beneficiis gratiosa : et cui divus Hadrianus in quadam ora-*
« *tione ait, Augustiana colonia quæ jus italicum habet* » (LI. § 1 *Decens* L. 15).

Les textes du digeste, au titre *De censibus* indiquent que de nombreuses cités ont joui du *jus italicum.*

— Cette distinction du territoire en fonds italiques et fonds provinciaux subsista pendant longtemps même après que Caracalla eut généralisé le droit de cité, les fonds provinciaux gardèrent leur condition ; ils continuèrent à appartenir à l'Etat : il y eut bien, sous ce rapport, une modification apportée au régime des provinces, mais cette modification ne touche en rien au droit privé : les provinces furent divisées par Auguste en deux branches les unes restèrent la propriété du peuple, les autres devinrent la propriété de l'empereur.

« *In eadem causa, sunt provincialia prædia quorum alia*
« *stipendiaria, alia tributaria vocamus. Stipendaria sunt*
« *ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ populi roma-*
« *ni esse intelliguntur. Tributaria sunt ea quæ in his pro-*
« *vinciis sunt quæ propriæ Cæsaris esse creduntur.* » (Gaius II 21).

Cette division n'offre que l'intérêt suivant, les fonds « *tributaria* » paient un impôt foncier au profit de l'empereur tandis que les fonds « *stipendaria* » le paient au profit de l'état. De plus les provinces *tributaria* sont gouvernées par des *legati cesaris*, envoyés par l'empereur, les provinces *stipendaria* par des proconsuls nommés par le sénat.

Cette subdivision des fonds provinciaux n'avait aucune importance au point de vue du droit privé.

La distinction des terres en fonds provinciaux, et fonds italiques subsista jusqu'à Justinien qui la supprima.

Mais par suite des concessions du *jus italicum*, par suite aussi des changements que les nécessités de la pratique avaient amenés, dans les mœurs et les habitudes et dans les lois, la différence qui les séparait avait totalement disparu ; sous Justinien il n'y avait plus aucun intérêt à les distinguer ; les fonds italiques et les fonds provinciaux furent désormais susceptibles d'une même propriété.

Nous reviendrons plus loin sur ce point : nous avons montré quelle a été l'évolution territoriale de l'*ager privatus* et de l'*ager publicus*, nous avons montré que l'*ager privatus* s'était continuellement agrandi : primitivement il était limité à l'*ager Romanus ;* à l'époque classique il s'étend sur toute l'Italie ; sous Justinien, sur l'empire tout entier.

Droits du possessor. Quelle était la situation de celui qui occupait l'*ager publicus ?* Quelles différences y avait-il entre son droit et celui d'un « *dominus* » ?

On peut la résumer ainsi ; l'occupant n'avait pas le *dominium* il n'était que « *possessor* », les parties occupées s'appelaient « *possessiones* ». Cette possession ne se transformait pas en « *dominium* » par l'usucapion, mais elle était protégée par le préteur et grâce à cette protection le citoyen exerçait sur ces *possessiones* des droits analogues à ceux qu'il avait sur sa propriété, il avait la possession et la jouissance de ces fonds ils pouvait les céder entre vifs et les transmettre héréditairement.

1° Celui qui occupait l'*ager publicus* était un « *possessor* » le champ qu'il occupait s'appelait *possessio*.

D'après Niebuhr les mots « *possessio* » « *possessor* » sont des termes consacrés pour désigner les biens occupés de l'*ager publicus* et les détenteurs de ces biens. Ces mots ne sont point des expressions générales mais bien des expressions précises désignant d'une façon particulier une situation juridique spéciale. »

« Le mot exclusivement employé, dit Niebuhr dans son « histoire romaine, III, p. 191, l'expression solennelle est « qu'ils « possèdent » ; elle désigne ceux qui ont dans l'*a-* « *ger publicus* une part qu'ils peuvent transférer ou ven- « dre bien que la propriété demeure à la république. »

Des textes en très grand nombre sont cités par Niebuhr à l'appui de cette thèse. M. de Savigny dans son *Traité de la possession*, p. 199 et Giraud dans *Ses recherches sur le droit de propriété*, p. 194 en citent également : Nous nous contenterons d'en indiquer quelques uns des plus probants.

« *Qui vero se populares volunt*, dit Cicéron au *de officiis* « II, 22, 23, *ob eamque causam agrariam rem tentant ut* « *possessores pellantur suis sedibus, ii labefactant funda-* « *menta reipublica*, » et plus loin « *quam autem habet* « *æquitatem, ut agrum multis annis aut etiam seculis ante* « *possessum qui nullum habent, habeat : qui autem habuit* « *amittat.* »

Et ce texte du Digeste :

« *Possessio* » *ab agro juris proprietate distat, quidquid enim apprehendimus cujus proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc* « *posessionem* » *appellamus* (L 115, *D. de verb. signif.* L, 16).

Ces textes nous semblent concluants et nous croyons

pouvoir dire avec Savigny : « Les mots *possessio*, *possessor* sont les expressions techniques « employées pour désigner la possession et la jouissance de l'*ager publicus*. »

2° L'occupant n'était pas « *dominus* » mais il exerçait sur les « *possessiones* » des droits analogues à ceux d'un propriétaire.

Il pouvait se servir de la *possessio*, et en percevoir les fruits.

Il pouvait vendre, donner, transmettre par héritage (1). Les textes en font foi.

« *Relictas sibi a majoribus sedes, œtate quasi jure hereditario possidebant* Flor. III, 14.

Les textes de Cicéron cités plus haut : *de offic.* 22, 23,— *lex agr.* 21, montrent bien que ces terres se transmettaient continuellement.

Enfin toute l'histoire des lois agraires, en est une preuve évidente. Les *possessores* en étaient arrivés à se considérer comme de véritables propriétaires parce qu'ils avaient reçus les terres de leurs ancêtres ; ces terres s'étaient transmises de génération en genération ; elles avaient été données, vendues, achetées, léguées ; on s'explique facilement ainsi pourquoi la résistance des *possessores* fut si acharn ée ;

3° L'occupant n'était qu'un *possessor ;* le propriétaire c'était l'Etat.

De ce principe découlent deux conséquences :

(A) L'occupant devait payer une redevance du dixième des moissons et d'un cinquième sur les fruits des arbres (2).

1. Giraud. *Droit de propriété,* 197.
2. Appien. *de bell. civ.* lib. 1, § 7.

Cette redevance est en quelque sorte un prix de location ; tous les *possessores* devaient la payer qu'ils fussent ou non citoyens romains.

Cette redevance est l'origine de l'impôt foncier chez les Romains. « Au lieu de considérer l'impôt comme un « salaire légitime des services que l'état s'engage à nous « rendre, les Romains y voient la conséquence et le signe « permanent du droit de guerre (*quasi victoria præmium « ac pœna belli ait*, Cicéron, *In Verr*. 2 act. III, 6). Notam- « ment l'impôt foncier leur apparaît comme un prélève- « ment que le propriétaire exerce sur une jouissance « dont il a bien voulu se dessaisir » (Accarias, I. 526).

L'impôt n'était à l'origine que le prix de location que payaient à l'état les détenteurs de l'*ager publicus:* l'état propriétaire du sol en laissait la possession aux habitants ou la concédait au premier occupant mais en échange il exigeait une redevance, *vectigal stipendium* ou *tributum.*

Les témoignages abondent : « *nam sunt populi romani « quorum vectigal ad ærarium pertinet* (Sic. Flac. *de cond. agr*. éd. *Goes*, p. 2. in fin).

« *Ager per strigas et per scamna divisus et assignatus « est more antiquo in hac similitudine qua in provinciis arva « publica coluntur.... nam ideo publica hoc loco eum « dixisse estimo quod omnes, etiam privati agri tributa « et vectigalia persolvant.* » (*Aggen. Urb. in Frontin.* éd *Goes*. p. 46, in fin).

— La redevance était à l'origine toujours payée en nature le dixième sur les moissons, le cinquième sur les fruits. Dès le commencement de l'empire, les contributions sont remplacées partout par des « *tributa* », et des

« *stipendaria* » ou contributions en argent. (Dion cass. XLII, 6. App. *Bell. civ.* V. 6. Pline III, 14). La différence entre le *tributum* et le *stipendarium* est, comme nous l'avons déjà dit, que l'un se paie dans les provinces appartenant à l'empereur, et au profit de l'empereur, l'autre se paye dans les provinces appartenant au peuple au profit de l'état.

— L'Italie fut rapidement exemptée de l'impôt foncier, avant même que le sol italique fut susceptible de *dominium :* « *Omni Macedonum gaza, quæ fuit maxima potitus est Paullus: tantum in ærarium pecuniæ invexit* « *ut unius imperatoris prædia finem attulerit tributorum* » (Cic. *de off.* numéro 22). Il y eut cependant une partie de l'Italie qui eut encore certaines prestations à donner. Il fallait distinguer l'Italie *urbicaria* qui comprenait tout le pays situé autour de Rome dans un rayon de cent milles, et l'Italie *annonaria* qui comprenait le reste: celle-ci devait certaines prestations en vivres pour Rome et les armées.

Cette exemption d'impôts était une faveur pour l'Italie, elle ne fut d'ailleurs pas générale ; en effet jusqu'à la fin de la République on trouve des exemples de villes d'Italie non exemptées de l'impôt (Tite-Live XXX, 16,) c'est à la suite des réformes financières d'Auguste que l'immunité devint générale.

Cette immunité dura jusqu'à Dioclétien et Maximien, l'empire ayant été partagé en deux, il était impossible que l'Italie continuât à ne pas payer d'impôt, elle dut subvenir à ses dépenses, l'impôt foncier fut donc rétabli en Italie : « On introduisit alors pour la première fois en

« Italie le fléau des impôts car au lieu de prestations de
« fruits uniformes et modérés que l'Italie acquittait aupa-
« ravant et qui étaient destinées à l'entretien des trou-
« pes et de l'empereur, ce pays fut soumis à un nouveau
« régime par l'introduction des impôts. A la vérité cette
« charge fut d'abord supportable à cause de la modéra-
« tion qui régnait dans ce-temps là, mais aujourd'hui
« elle est devenue accablante (Aurélius Victor, *De cæsa-*
« *ribus*, XXXIX) Plusieurs constitutions d'empereurs diminuant le taux des impôts dans certaines parties de l'Italie confirment ce passage d'Aurélius Victor (V, I, 2, 3, 4, 7, 12 *de indulg. debit.* Cod. Théod).

— A partir de Dioclétien tout l'empire romain paie l'impôt foncier sauf les villes qui en sont expressément exemptées.

L'impôt était ainsi devenu ce qu'il est de nos jours : une redevance payée à l'état pour subvenir aux dépenses publiques.

B. — L'état peut quand il le veut retirer au possesseur le champ qu'il occupe et il ne lui doit certainement aucune indemnité.

Il ne fait que reprendre sa propriété. Son droit de propriété est imprescriptible.

— Les lois agraires sont une preuve évidente que le droit de reprendre les terres possédées appartenait à l'Etat. Nous avons en effet démontré quand nous avons parlé des lois agraires que les revendications de la plèbe étaient légales ; d'ailleurs le passage suivant de Cicéron enlève toute espèce de doute. Cicéron s'efforce de démontrer au peuple que la loi agraire de Rullus a des effets

iniques. Rullus en effet comme nous l'avons dit plus haut proposait de reprendre un certain nombre de « *possessiones* », de les vendre au profit de l'Etat et d'acheter avec le produit de la vente des terres qu'on distribuerait aux citoyens pauvres. Dix magistrats seraient chargés de choisir les terres et de les vendre.

« *Hoc quantum judicium*, s'écrie Cicéron, *quam intole-* « *randum quam regium sit quem prœterit ? posse quibus,* « *cumque locis velint, nulla disceptatione, nullo consilio,* « *privata publicare, publica liberare ? Excipitur hoc capite* « *ager in Sicilia Recentoricus : quem ego excipi et propter* « *hominum necessitudinem et propter œquitatem, quirites,* « *sœpe vehementer gaudeo. Sed quœ hœc impudentia ? Qui* « *agrum Recentoricum possident vetustate possessionis se,* « *non jure : misericordia senatus non agri conditione de-* « *fendunt. Nam illum agrum publicum esse patentur : se* « *moveri possessionibus, amicissimis sedibus ac diis pena-* « *tibus, negant oportere. At si est privatus ager Recento-* « *ricus, quid eum excipis ? sin autem publicus, quœ est* « *ista œquitas cœteros etiam si privati sint permittere ut* « *publici judicentur !* (Cicéron, *Loi agraire*, II, 21).

Ce passage de Cicéron est parfaitement clair. Le domaine de Récentore, fait partie de l'*ager publicus ;* les « *possessores* » peuvent en être chassés ; ils n'ont aucun droit de rester sur leur territoire ; ils n'invoquent que des considérations d'équité.

On peut citer d'autres passages : Cicéron. *Loi agraire* II, 31.

Un texte de Tite-Live XXXI, 13 : Rome, après la guerre punique, avait de nombreux créanciers ; mais prévoyant

les frais de la guerre de Macédoine qu'elle était en train de faire, elle avait déclaré qu'elle ne pouvait pas payer, pour le moment, ses créanciers ; ceux-ci, réclamèrent : on prit un moyen terme pour les contenter : on décréta « *Ut Quoniam magna pars eorum agros vulgo venales esse* « *diceret, et sibimet emptis opus esse ; agri publici qui* « *intra quinquagesimum lapidem esset copia iis fieret ; con-* « *sules agrum œstimaturos et in jugera asses vectigales,* « *testandi causa publicum agrum esse, impposituros ut si* « *quis quum posset solvere populus, pecuniam habere, quam* « *agrum mallet, restitueret agrum populo.* »

Pour payer ses créanciers, Rome leur permit de choisir dans un rayon de cinquante milles autour de la ville les terres de l'*ager publicus* qu'ils voudraient, ces terres étaient bien certainement en grande partie du moins possédées.

Et le juriconsulte Paul est consulté sur ce cas spécial : L. 11, pr. D. *de evict*. XXI, 11. Lucius Titius a acheté un domaine en Germanie, il paie une partie du prix et il est évincé ; la terre qu'il a acquise est assignée comme récompense à des vétérans ; le vendeur peut-il réclamer le restant du prix ; et Paul répond oui, par ce motif que le vendeur n'est pas responsable des cas d'évictions postérieurs à la vente. La confiscation est donc considérée comme un cas d'éviction naturel que le *possessor* doit toujours prévoir.

Cet ensemble de textes nous prouve d'une façon complète que l'état pouvait selon son bon plaisir reprendre les terres de son *ager publicus*. Que la terre ait été acquise à titre onéreux ou gratuit, qu'elle soit restée pendant de

nombreuses générations la possession d'une même famille, qu'elle ait été cultivée avec soin et améliorée au prix des plus grands efforts et des plus grandes dépenses; qu'importe, l'état est propriétaire, il reprend quand il veut la terre qui lui appartient.

Ce droit de l'état est imprescriptible: les textes que nous avons cités le prouvent: « D'après une règle fon-
« damentale de l'ancien droit il était impossible de pres-
« crire contre l'état, dit Niebuhr, la propriété restait à la
« République jusqu'à ce qu'elle la transférât formelle-
« ment: elle avait la faculté sans restriction de suppri-
« mer la possession précaire et de vendre ou assigner en
« partage les terres qu'elle en affranchissait. Le sujet
« qui cultivait les terres de ses aieux par suite d'une
« pareille concession ne pouvait murmurer quand l'état
« en ordonnait autrement » (Niebuhr *Hist. Rom.* Traduction de Golbery, III, 195).

— Les passages cités indiquent également qu'il n'était pas question d'une indemnité à donner aux *possessores* dépouillés; aucun ne parle d'une indemnité, ce silence indique clairement que l'habitude n'était pas d'en donner.

Cependant dans certains cas le pssoesseur dépouillé recevait une indemnité.

Ainsi Tibérius Gracchus proposait d'allouer une indemnité aux détenteurs de l'*ager publicus* pour les dédommager des dépenses utiles faites par eux sur les fonds qui leur seraient ôtés (Appien. *bel. civ.* 1, II).

« *Item*, dit Ulpien (L. 15, 2 D. *de rei vindic.* VI. 1), *si*
« *forte ager fuit qui petitus est et militibus assignatus est*

« *modico honoris gratia possessori dato, an hoc restituere*
« *debeat.* »

4°. La possession était protégée, au pétitoire, par une action réelle utile donnée par le préteur ou possessoire, par les interdits.

A. — l'action réelle utile.

« *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a* « *municipibus quamvis non efficiantur domini, tamen pla-* « *cuit competere eis in rem actiinem adversus quemvis* « *possessorem, sed et adversus ipsos municipes* (Paul. L, I « § 1 — D *Si ager vectig. pet.* VI, 3). *Idem est si ad tem-* « *pus habuerunt conductum nec tempus conductionis fini-* « *tum est.* »

Cette action ne diffère de la *Rei vindicatio* qu'en ce que son *intentio* est *fictitia* au lieu d'être *directa;* elle avait les mêmes effets et protégeait celui qui pouvait l'intenter aussi bien que la *rei vindicatio* protégeait le *dominus.*

B. — Les interdits possessoires.

L'interdit, on le sait était un ordre donné par le magistrat de faire ou de ne pas faire telle chose. Si son ordre était respecté, tout était fini; si l'ordre n'était pas respecté le prêteur donnait une action à la partie troublée.

Lorsque le possesseur était troublé dans sa possession il avait un interdit *retinendæ possessionis :* l'interdit *uti possidetis* : « *Uti nunc possidetis, quominus ita possidetis vim fieri veto* ». Pour que vous continuiez à posséder comme vous possédez actuellement je défends qu'on vous fasse violence. Voila l'ordre du préteur : chaque partie doit respecter la possession actuelle de l'autre. Si l'une ne la respecte pas une action est donnée à l'autre ; le juge

chargé alors de décider donnera gain de cause à celui qui était en possession au moment de la délivrance de l'interdit si toutefois sa possession n'est entachée ni de violence ni clandestinité ni de précarité.

Si le possesseur a perdu la possession par violence, le prêteur lui donne un interdit *unde vie* pour lui faire recouvrer la possession « *Unde tu illum dejecisti, restituas* » dit le préteur. Le spoliateur est tenu de restituer la chose ainsi que tous les fruits perçus depuis la *dejecti.*

— Nous ne pouvons ici entrer dans une étude approfondée des interdits mais une question intéressante est soulevée : celle de savoir s'il ne faut pas rattacher l'origine des interdits à la nécessité de protéger le *possessor* de l'*ager publicus.*

— Niebuhr et Savigny prétendent que le préteur a crée les interdits dans le but spécial de protéger la *possessio* de ceux qui occupaient l'*ager publicus ;* ce ne serait que dans la suite que les interdits auraient été donnés au propriétaire.

« Il n'y a rien que je considère comme plus avéré, dit
« Niebuhr (*Hist. Rom trad* de Golbery III, 200) que le
« rapport immédiat de l'origine de ces édits à la posses-
« sion. »

Voici comment raisonne pour démontrer ce système, M. Savigny, dans son traité de la possession, p. 198.

Tout d'abord cet auteur fait remarquer que nulle part on ne trouve qu'il soit fait mention d'une institution juridique précise s'appliquant à la possesssion de l'*ager publicus ;* or il est impossible que cette institution n'ait pas existé étant donnée l'extension que devait avoir chez les

Romains la « *possessio* » il y a donc là une présomption favorable à sa thèse.

Voici les arguments qui sont présentés pour confirmer cette hypothèse.

1° les expressions « *possessio* », « *possessor* » s'appliquent d'une façon spéciale au détenteur de l'*ager publicus* ce point, nous avons indiqué par quels textes il était démontré.

2° Les interdits *recuperandæ possessionis* ne s'appliquaient qu'aux fonds et pas au choses mobilières.

3° Le « *precarium* » n'est explicable, que si l'on admet la théorie de Niebuhr. Le précaire est la situation juridique qui existe entre le propriétaire d'une terre qui en a concédé la jouissance à un tiers à titre de faveur en se réservant le droit de faire cesser cette faveur quand il lui plairait.

Le précaire était une libéralité, essentiellement révocable, qui ne liait même pas le précariste et qui n'était pas transmissible aux héritiers, du moins à l'origine

« On ne peut nier que ce rapport de droit ne soit très « énigmatique. D'abord comment les Romains qui de leur « nature n'étaient ni généreux ni communicatifs arrivèrent- « ils de si bonne heure à la nécessité de cet établissement « de droits particuliers qui peut faire conclure à un usage fré- « quent dans la vie réelle? Et lorsqu'il s'en servaient « pourquoi ne le traitaient-ils pas exactement comme un « contrat réel. »

Comment expliquer cette situation singulière : Voici l'hypothèse faite par Savigny : les patriciens avaient l'habitude de concéder des terres à leurs clients ; la terre dont il s'agit dans le précaire est une « *possessio* » d'un

patricien laissée en jouissance à un client : « de pareils « biens se donnaient sous la clause d'une révocation à « volonté et l'interdit de *precario* s'employait contre le « client qui ne voulait pas restituer. » Le patron n'étant que *possessor*, n'étant pas *dominus*, ne pouvait pas revendiquer le champ : c'est pour lui permettre de reprendre sa *possessio* que l'interdit de *precario* lui fut donné (Savigny. *Traité de la possession*, 203 et 528).

De ces arguments Savigny conclut que la « *possessio* » était protégée primitivement à Rome par des moyens semblables à ceux qui se trouvent dans les interdits prétoriens.

Cet ingénieux système est généralement combattu par les raisons suivantes.

Tout d'abord le préteur semble préoccupé dans la création des interdits plutôt de l'ordre public embrassant à la fois l'*ager publicus* et l'*ager privatus* que de la protection des seuls détenteurs de l'*ager publicus;* en effet si le préteur avait voulu protéger spécialement le concessionnaire de l'*ager publicus* il l'eut fait tout de suite en créant une action *in rem*, (ce qui existe à l'époque classique) sans se préoccuper des circonstances dans lesquelles s'est produite la violation de la possession : que fait-il au contraire, il prévoit certaines violations déterminées et fait varier d'après les circonstances les conditions de son interdit.

Ce qui prouve encore le caractère public des interdits c'est la formede l'interdit; l'interdit est un ordre du magistrat; si la partie à qui l'ordre est donné obéit l'affaire est terminée ; sielle refuse son adversaire demande au préteur de lui accorder une action. Pourquoi ce détour

sinon parce que le préteur a créé les interdits dans un but d'ordre public.

L'interdit ayant un caractère d'ordre public doit être général et ne point s'appliquer d'une façon spéciale à l'*ager publicus*.

Enfin Savigny suppose que les interdits possessoires ont été créés avant tous les autres interdits, ce qui n'est pas admissible.

On ne peut donc pas dire que les interdits ont été créés par le préteur dans le but de protéger le détenteur de l'*ager publicus*, ils ont un caractère plus général et ils protègent aussi bien la possession de l'*ager privatus* que celle de l'*ager publicus*.

« L'institution prétorienne connue sous le nom d'inter-
« dits servait, dit M. Pellat (propriété et usufruit p. 48)
« entre autres usages à protéger le possesseur comme tel
« qu'il fut propriétaire ou non. Elle s'appliquait égale-
« ment à la possession des fonds italiques et des fonds
« provinciaux et elle était vraisemblablement pour le pos-
« sesseur de ceux-ci le seul mode de protection auquel
« il put avoir recours avant que les actions réelles aient
« été appliquées par extension à cette classe d'immeu-
« bles. »

Parallèle entre la situation du possessor et celle du dominus.

Nous avons rapidement esquissé la situation des *possessores* nous avons indiqué sur quelles terres portait leur

droit, quel était l'étendue de ce droit, comment il était protégé ; il nous reste à indiquer en quoi leur situation était différente de celle du *dominus*.

Nous allons montrer comment ces deux droits si dissemblables dans la forme se ressemblent quant aux effets. Le *possessor* d'un fond provincial a tous les avantages matériels d'un *dominus*.

1° L'*ager privatus* est *limitatus*, l'*ager publicus* est *non limitatus*.

La conséquence de cette première différence est que le second champ s'augmente des alluvions des cours d'eau, des îles qui naissent dans une rivière et du lit abandonné par les eaux, tandis que le premier n'en profite point.

« *In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat* (L 16, de adq. rer. XXXI, 1). »

« *Si insula in publico flumine fuerit nata, inque ea ali-*
« *quid fiat, non videtur in publico fieri ; illa enim insula*
« *aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut ejus cu-*
« *jus ripam contingit aut si in medio alveo nata est eo-*
« *rum est qui prope utrasque ripas possident. Simili mo-*
« *do et si flumen alveum suum reliquit, quidquid in ve-*
« *teri alveo factum est ad hoc interdictum non pertinet ;*
« *non enim in flumine publico factum erit quod est utrius-*
« *que vicini aut si limitatus est ager, occupantis alveus*
« *fiet.* L 1, § 6 et 7, *de flumin.* XLIII. 12. »

2° Le *dominus* ne paie pas d'impôt, le *possessor* en paie, nous avons dit comment les Romains comprenaient l'impôt, quelle idée ils s'en faisaient, nous n'avons point besoin d'insister. Cette infériorité des fonds provinciaux

disparut lorsque l'impôt foncier fut rétabli en Italie par Dioclétien ou Maximien.

3° Le droit d'expropriation est admis par les Romains pour l'*ager privatus* comme pour l'*ager publicus*, mais dans le premier cas une indemnité est peut-être due, et en tous cas presque toujours donnée, dans le second cas l'indemnité n'est certainement pas due, et elle a rarement été donnée.

4° Le *Dominium*, étant le droit de propriété civile, se transmet par les modes d'acquisition civils, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*usucapion ;* la *possessio* étant le droit de propriété naturelle ne peut se transmettre que par les modes d'acquérir du droit des gens, la tradition.

Quelle est l'importance pratique de cette différence? C'est que seuls les citoyens Romains et les étrangers ayant le *commercium* peuvent figurer dans un mode civil d'acquisition et par conséquent avoir le *Dominium*.

5° Le *Dominium* est protégé par l'action civile, la revendication ; la *possessio* est protégée par une revendication utile.

Ces deux actions ont les mêmes effets ; elles aboutissent au même résultat.

« *Nec refert directa quis an utili actione agatur vel con-*
« *veniatur quia in extraordinariis judicis ubi conceptio*
« *formularum non observatur hæc subtilitas supervacua est,*
« *maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est eum-*
« *demque habet effectum.* (L. 47, § 1, *de neg. gest.* III
« 5). »

La seule différence entre elles consiste en ce que la revendication est une action directe tandis que la revendi-

cation utile est une action fictice : l'*intentio* de la première est *directa*, l'*intentio* de la seconde est *fictitia*.

Ce n'est d'ailleurs qu'une différence de procédure peu importante qui a disparu avec le système formulaire.

L'*intentio fictitia* contient une fiction, une supposition qu'elle soumet au juge, on dit au juge, suppose que tu te trouves dans telle condition, et décide si tu condamnes.

Quant aux interdits possessoires, il n'y a point de différences à faire entre le *dominium* et la *possessio*.

La « *possessio* » est donc en fait aussi bien protégée que le *dominium*.

6° La « *possessio* » ne comportait pas de servitudes *jure civili* (Gaïus II, § 31) ; mais un possesseur d'un fonds provincial put le grever de servitudes lorsque le préteur eut admis pour ces droits une quasi tradition et une quasi possession. Les servitudes sur le fonds provincial étaient créées par une quasi tradition ; on pouvait aussi les créer par pacte et stipulation : ce second point a besoin d'explication.

« *Alioquin*, dit Gaïus, *in provincialibus prædiis sive quis*
« *usumfructum sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi*
« *vel altius tollendi ædes aut non tollendi ne luminibus vici-*
« *ni officiatur ceteraque similia jura constituere velit pac-*
« *tionibus et stipulationibus id efficere potest* (Com. IV,
« 31).

De ce passage plusieurs auteurs (1) ont conclu que l'on pouvait par pactes et stipulations constituer un véritable droit réel protégé par une action confessoire utile.

1. Magny, *dr. rom.* I, § 224.

Cette opinion est erronée ; il est absolument contraire à l'esprit du droit romain d'admettre qu'une convention peut faire naître un droit réel : le passage de Gaïus s'explique de le manière la plus simple sans froisser les règles fondamentales du droit romain. « Celui nous dit Théophi-« le II, 3, § 4, commentant le texte de Gaïus, qui veut concé-« der à son voisin une servitude peut le faire par pactes « et stipulations, car après avoir conclu un pacte sur la « servitude à concéder, le concessionnaire intéresse en ces « termes le concédant : promettez-vous d'observer la « servitude convenue et si vous ne l'observez pas, promet-« tez-vous de me donner cent écus à titre de peine ?

Comment d'après l'explication de Théophile, la servitude a-t-elle été constituée ? de la manière la plus conforme aux idées romaines, l'une des parties s'est engagée avec clause pénale, à observer la servitude ; si elle ne l'observe pas elle devra payer la somme stipulée.

Le *possessor* grâce à la réforme du préteur peut donc constituer des servitudes sur son fonds, et sa situation est analogue à celle du propriétaire.

7° Le fonds provincial ne devient pas religieux par l'inhumation d'un mort. Gaïus II, 7 « *tamen pro sacro habetur,* » cependant il est considéré comme sacré.

Concluons : Si on examine la législation romaine au point de vue théorique, il existait deux droits tout à fait distincts, la propriété civile, accessible seulement aux citoyens, protégée par des actions civiles se transmettant par des modes d'acquisition civile, et la « *possessio* » accessible à tous, protégée par des actions introduites par



le préteur et se transmettant par les modes d'acquérir du droit des gens.

Si au contraire on considère les faits, la pratique, on voit qu'il y a deux propriétés véritables une de droit civile, une de droit des gens, ayant des effets aussi étendus l'une que l'autre, protégées d'une manière aussi efficace l'une que l'autre.

Ces deux institutions se sont rapprochées peu à peu l'une de l'autre, pendant l'époque classique elles se sont cotoyées, sous Justinien elles se sont fondues ensemble.

A l'époque de Justinien il n'existait plus en fait de différence entre elles : l'impôt foncier avait été étendu à toute l'Italie par Dioclétien ou Maximien, les modes solennels d'acquérir la propriété étaient tombés en désuétude, la distinction entre les actions fictices et directes n'existait plus depuis la disparition de la procédure formulaire. Il n'y a donc plus aucun intérêt à distinguer la *possessio* du *dominium*.

Justinien consacra par un texte cette révolution dans l'organisation de la propriété immobilière.

« *Vocantur autem stipendaria et tributaria prœdia quæ* « *in provinciis sunt. Inter quæ nec non et italica prœdia* « *ex nostra constitutione nulla est differentia* » (Inst. II, 7: § 40).

PROPRIÉTÉ BONITAIRE.

Nous avons étudié le « *dominium* », le droit de propriété civile, le seul droit même que l'on puisse d'une façon exacte désigner du nom de propriété; nous avons ensuite étudié la « *possessio* » qui est la propriété du droit des gens; il nous reste à rechercher ce que les Romains entendaient par ces mots « *in bonis* », que les commentateurs remplacent par l'expression « propriété prétorienne. »

— Pour comprendre ce qu'est l'« *in bonis* », il faut se reporter à la distinction des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi:*

« *Omnes res*, dit Ulpien (XIX, 1), *aut mancipi sunt aut*
« *nec mancipi. Mancipi res sunt prædia in italico solo.*
« *Tam rustica qualis fundus, quam urbana qualis est do-*
« *mus: item jura prædiorum rusticorum velut via, iter,*
« *aqueductus; item servi et quadrupedes quæ collo dorsove*
« *domantur velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec*
« *mancipi sunt.* »

— Les Romains divisaient donc les choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*. Nous ne recherchons pas à quelle idée correspond cette classification; de nombreux systèmes ont été proposés les uns rattachant la distinction des

res mancipi et *res nec mancipi* à une origine politique (1) les autres à l'utilité au point de vue de l'agriculture (2) ; les autres à une transformation du droit de propriété par suite de la nécessité des échanges (3) ; d'autres estiment que les *res mancipi*, sont les premières choses qui aient fait l'objet d'une propriété individuelle, celle qui « par leur usage et leur fin se rattachent intimement à la propriété de la famille (4). » Il ne semble pas qu'aucun de ces systèmes donne une solution qui s'impose. La classe des *res mancipi* comprend des choses tellement dissemblables, la propriété foncière et les bêtes de somme, et laisse en dehors d'elle des choses qui sembleraient devoir y entrer telles que les armes, les troupeaux, qu'il ne paraît pas possible de rattacher la classification romaine à une idée unique.

Quoiqu'il en soit origine de cette distinction, a une importance pratique considérable au point de vue des modes d'aliénation.

Les *res mancipi* ne peuvent être transmises que par un mode d'acquérir du droit civil, *mancipatio*, *in jure cessio*. Les *res nec mancipi* ne peuvent se transmettre que par tradition ou *in jure cessio*.

« § 3. — *Mancipatio propria species est alienationis est et* « *rerum mancipi....* § 7, *Traditio propria est alienatio re-* « *rum nec mancipi*, § 9. *In jure cessio quoque communis*

1. Fresquet. *Revue historique* de France, III. p. 509
2. Accarias.
3. Blondeau. *Chrestomathie*, p. 207.
4. Thèse de M. Léon Michel, 1876.

« *alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi* (Ulpien Reg. XIX). »

Si l'on emploie la tradition pour aliéner une *res mancipi*, la propiété « *dominium* » n'est pas transmise, l'acheteur ne devient pas propiétaire, le vendeur reste propriétaire.

La situation faite aux parties par cette législation était donc celle-ci; malgré leur volonté réciproque l'une était restée propriétaire, l'autre ne l'était pas devenue.

— La conséquence de cet état de choses était inique, car le vendeur resté propriétaire pouvait revendiquer sa chose et la reprendre à l'acheteur; celui qui avait consenti à transmettre la propriété de sa chose pouvait légalement revenir sur sa parole, et violer sa foi.

Il y avait là une situation révoltante. Les anciens Romains avec leur esprit formaliste et rigide ne trouvaient rien d'odieux dans cette législation, mais plus tard avec le développement des idées philosophiques la réaction se produisit, les magistrats chargés d'appliquer la loi cherchèrent à en corriger l'excessive rigueur, et introduisirent à côté de la propriété romaine *dominium*, un autre droit n'ayant pas le nom mais ayant les avantages utiles de la propriété, *in bonis*.

Comment allait s'y prendre le préteur pour corriger l'injustice du droit civil:

Le remède se trouvait à côté du mal. Celui qui avait reçu par tradition une *res mancipi* n'en devenait pas propriétaire mais s'il possédait cette chose pendant un an (si c'était un meuble) deux ans (si c'était un immeuble) il acquérait sur elle le *dominium* par usucapion.

Il suffisait donc de protéger la possession de l'acheteur, de permettre à l'acheteur de posséder pendant un ou deux ans pour que sa possession se trouvât transformée en propriété.

C'est ce que fit le préteur.

Au VIIe siècle de Rome un préteur appelé Cassius introduisit l'exception *doli mali*. Le possesseur attaqué par le propriétaire pouvait le repousser par cette exception.

Cette protection n'était pas encore suffisante car : 1° elle était une action *famosa* et par conséquent ne pouvait pas être introduite par un client contre son patron, par un descendant contre son ascendant ; 2° si le revendiquant était une personne autre que celle qui avait fait la tradition, s'il avait reçu de bonne foi la chose du véritable propriétaire par *mancipatio* ou *in jure cessio*, l'*exceptio doti mali* ne lui serait pas opposable.

Le préteur intervint de nouveau et donna à l'acheteur l'exception *rei vinditœ et traditœ :* cette fois il pouvait se défendre contre tout le monde ; mais il ne pouvait pas prendre l'offensive ; s'il perdait la possession il ne pouvait rien faire n'ayant pas la revendication.

Le préteur acheva son œuvre en lui accordant une action en revendication : la publicienne. C'était une action fictive reposant sur cette supposition que l'usucapion était accomplie au moment où le procès s'engageait.

Le possesseur d'une *res mancipi* reçue par tradition était désormais complétement protégé. Si le propriétaire *nudus dominus*, vient revendiquer, le défendeur lui oppose l'exception *rei venditœ et traditœ* ou l'exception du dol, si le propriétaire se met en possession de la chose, celui

qui avait reçu tradition intente la publicienne, le propriétaire oppose l'exception *justi dominii*, mais le demandeur triomphe par la *replicatio doli mali*.

On dit de ce possesseur qu'il a la chose « *in bonis : Si* « *tibi rem mancipineque mancipavero, neque in jure cessero* « *sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur*, » Gaïus, II 41. C'est une seconde forme, un dédoublement, un démembrement considérable de la propriété.

Le préteur qui avait créé cette forme particulière de la propriété pour l'hypothèse que nous venons d'exposer, l'étendit ensuite dans beaucoup de cas pour réagir contre les principes rigoureux du droit civil. Dans les cas où le droit civil n'accordait pas le *dominium* le préteur lorsqu'il le jugea convenable donna la propriété bonitaire c'est aussi qu'il créa le système des *bonorum possessiones* qui forme tout un système successoral corrigeant le droit civil et donnant au *bonorum possessor*, non pas la qualité d'héritier qu'il ne peut lui donner ; mais lui en communiquant tous les avantages pratiques ; c'est ainsi qu'il donna l'*in bonis* à celui qu'il envoyait en possession d'une maison qui menaçait ruine (*de damno infecto*) à l'acheteur des biens d'un insolvable (*bonorum venditis*).

Le droit civil lui-même a fini par se servir de l'*in bonis* pour remédier à la rigueur de ses propres principes. Le fidéicommissaire par exemple ne recevait que la propriété bonitaire.

— Nous venons d'exposer l'histoire de la création de la propriété bonitaire, d'après la théorie généralement ad-

mise; mais plusieurs auteurs n'admettent point ce système.

— Vico, Schrœder, Niebuhr rattachent la distinction de la propriété quiritaire et bonitaire à l'organisation politique de Rome; la première aurait été la propriété patricienne, la seconde la propriété plébeienne.

Ce système est inadmissible depuis qu'on a découvert ce passage de Gaïus, à Vérone: « *aut enim ex jure quiritium unusquique dominus erat aut non intelligebatur dominus* (Gaïus II, § 40). Il n'y avait donc qu'un *dominium*, le *dominium ex jure quiritium.*

— Un second système voit dans la propriété bonitaire une propriété du droit des gens, la propriété des pérégrins.

Primitivement, dit-on, la loi romaine refusait aux pérégrins le *jus commercii* et par conséquent la faculté d'acquérir une *res mancipi.* Lorsque le commerce romain se développa, cette prohibition devint gênante et les Romains reconnurent aux pérégrins le droit de devenir propriétaires d'une *res mancipi;* mais ce droit de propriété qu'ils peuvent désormais acquérir n'était pas le *dominium* c'était l'*in bonis.*

Cette explication est inadmissible.

Si l'on consulte les textes on s'aperçoit que loin d'être une propriété à l'usage des pérégrins, l'*in bonis* est exclusivement réservée aux citoyens romains, elle est un dédoublement du *dominium.*

En effet : 1° Gaïus nous apprend que la propriété des pérégrins est simple tandis que la propriété des citoyens est double :

« *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum* « *esse dominium, ita ut dominus quisquis sit aut dominus* « *non intelligatur. Quo jure etiam populus romanus, olim* « *utebatur : aut enim ex jure quiritium unus quisque do-* « *minus erat aut non intelligebatur dominus : sed postea* « *divisionem accepit dominium, ut aliuspossit ex jure qui-* « *ritum dominus, alius in bonis habere* (Gaïus II, § 40) ».

2° Les textes suivants montrent que la propriété *in bonis* n'existe que pour les citoyens romains.

« *Ceterum cum apud cives romanos duplex sit dominium* « *nam vel in bonis, vel ex jure quiritium vel ex utroque* « *jure cujusquam servu esse intelligitur* » Gaïus I, § 54.

« *Apud cives romanos* » dit Gaïus ; ce qu'il dit ne concerne donc point les pérégrins.

« *In bonis tantum alicujus servus est velut hoc modo :* « *si civis romanus a cive romano servum emerit isque tra-* « *ditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure* « *cessus neque ab ipso anno possessus sit* ». Ulpien 1 § 16.

Ulpien spécifie que c'est un citoyen romain qui a livré la *res mancipi* à un autre citoyen ; pourquoi ferait-il une pareille restriction si la propriété bonitaire était accessible aux pérégrins.

3° Une autre raison qui nous fait décider que la propriété bonitaire n'était pas accessible aux pérégrins, c'est qu'elle a pour but de permettre à l'acquéreur d'usucaper la chose ; elle ne forme qu'une propriété provisoire devant se transformer en propriété quiritaire par l'usucapion ; or, l'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil et par conséquent n'est pas accessible aux pérégrins.

4° Enfin un dernier argument c'est que l'action *publicum* qui protège l'usucapion est refusée aux pérégrins car elle repose sur une fiction d'usucapion, elle suppose que l'usucapion qui est en voie de s'accomplir est déjà accomplie, et l'usucapion n'étant pas accessible aux pérégrins on ne pouvait leur donner une action basée sur cette fiction qu'elle était accomplie.

La propriété bonitaire, reconnue aux étrangers aurait donc été privée entre leurs mains de l'action qui la protégeait.

Les deux systèmes que nous venons d'exposer étant inadmissibles, les explications que nous avons données de l'origine de la propriété restent donc les seules plausibles : la propriété bonitaire est une création du préteur.

Aucun texte formel ne vient à l'appui de cette opinion, mais il est facile de la justifier : elle est conforme à ce que nous savons du rôle du préteur dans la législation romaine. Nous savons en effet que chaque fois qu'il y a une réaction d'équité contre la rigueur des principes du droit civil, c'est toujours à l'intervention du préteur qu'on la doit : ainsi pour ne citer qu'un exemple : des esclaves devaient être affranchis suivant certains rites; si les solennités n'étaient pas accomplies l'esclave ne devenait pas libre; la conséquence de ce fait était inique : le préteur, avant que la loi *Junia Norbana* fut venue déclarer libre cet esclave affranchi sans formes, le préteur intervint et protégea l'esclave, Gaïus III, 56, il empêchait que le maître ne reprit l'exercice de ses droits sur l'esclave. Etant donné, ce rôle du préteur dans la législation ro-

maine il est naturel de supposer que c'est lui qui est intervenu pour protéger celui qui avait reçu par tradition une *res mancipi* contre la revendication inique du propriétaire.

Une présomption d'ailleurs des plus fortes en faveur de notre système se tire du fait que l'exception *rei venditæ et traditæ* et l'action publicienne sont des voies de droit prétoriennes.

— Quelle était la situation du propriétaire bonitaire?

Le propriétaire bonitaire avait tous les avantages matériels et pécuniaires de la propriété ; son droit différait de la propriété dans la forme et non dans le fonds.

1re *différence.* — Le propriétaire *in bonis* n'est pas le *dominus ;* le « *dominium* » continue à appartenir au propriétaire quiritaire, qu'on nomme alors « *nudus dominus ex jure quiritium* ». Mais ce propriétaire n'a qu'un titre illusoire qui ne lui confère aucun droit.

2e *différence.* — L'action est la revendication pour le propriétaire, la publicienne pour le propriétaire bonitaire, mais ces deux actions sont identiques quant à leurs effets : la différence de procédure entre elles est que l'une est fictive et l'autre directe.

3e *différence.* — Le « *dominus* » s'il est attaqué se défend directement par un moyen de défense au fond ; le propriétaire bonitaire fera insérer une exception dans la formule.

4e *différence.* — Le *dominus* aliène son fonds par les modes d'acquérir civils ; le propriétaire bonitaire par les modes du droit des gens.

5e *différence.* — Le propriétaire bonitaire ne peut pas

léguer *per vindicationem*; un testateur ne peut en effet léguer en cette forme que les choses sur lesquelles il a la propriété quiritaire (Gaïus II. § 196); mais il peut les léguer par legs *per damnationem*, ou *sinendi modo ;* pour le legs *per præceptionem* l'accord n'était point établi entre les Romains; les Sabiniens admettaient qu'il pouvait transmettre une *res* que le propriétaire avait *in bonis*, les Proculiens ne l'admettaient pas.

Cette différence entre le *dominium* et l'*in bonis* fut atténuée par le sénatus-consulte Néronien qui décida que le legs *per vindicationem* d'une chose que le testateur n'avait qu'*in bonis* vaudrait comme *legs per damnationem*.

L'intérêt de distinguer le legs *per vindicationem* des autres formes de legs c'est que dans le premier cas la propriété de la chose léguée entre directement dans le patrimoine du légataire, tandis que dans le second cas il entre d'abord dans le patrimoine du testateur pour passer ensuite dans celui du légataire.

5° Celui qui avait un esclave *in bonis* ne pouvait pas en l'affranchissant lui conférer la cité: mais depuis la loi *junia Norbana* il put en faire un *latin junien*.

— La propriété *in bonis* est comme on le voit une propriété non pas inférieure mais différente de la propriété *ex jure quiritum*.

— De ıx droits de propriétés ne peuvent exister côte à côte ; l'un des deux disparaîtra ou tous les deux se réuniront pour former un droit unique ; la pratique va toujours à ce qui est simple et facile.

La propriété *bonitaire* et la propriété *quiritaire* ne sub-

sistèrent pas longtemps ensemble : longtemps avant Justinien ce dédoublement de la propriété n'existait plus en pratique, et les conceptions juridiques qui lui avaient donné naissance avaient elles-mêmes disparu.

La distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* n'existait plus en pratique, la tradition était le mode normal de transmettre la propriété, la disparition du système formulaire avait supprimé toute différence entre l'action en revendication et la publicienne.

Justinien consacra législativement l'évolution qui s'était faite dans la pratique : Il abrogea la distinction des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* : « *cum etiam res di-* « *vidi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et meri-* « *to antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus simi-* « *lis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis* « *sublatis* » (C. VII 31. *in fine*).

Et il supprima le *nudum jus ex jure Quiritium :*

« *Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc decisionem* « *expellentes nullam esse differentiam patimur inter domi-* « *nos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium nomen vel* « *tantum in bonis reperitur* » (C. VII, 25).

APPENDICE.

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE SOUS JUSTINIEN.

— A l'époque de Justinien la législation sur la propriété immobilière est revenue à l'unité.

Il n'y a plus qu'une classe de personnes : tous les habitants de l'empire sont citoyens romains depuis Caracalla (L. 17, D. 1. 5).

Il n'y a plus qu'une classe de choses. La distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* n'existe plus, (L. *unic* § 4. C. *de nonc transf.* VII, 31).

Il n'y a plus qu'une sorte de propriété : La différence entre le *dominium* et l'*in bonis*, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux est supprimée (L. *unic. C. de nud. rur. Quirit.* VII 25. *Inst.* II, 1, § 40.)

« Au temps de Justinien, dit M. Hastron dans son li-
« vre de la propriété en droit romain et en droit fran-
« çais. p. 52, toutes les institutions artificielles et arbi-
« traires ont disparu. Ce prince réformateur a passé le ni-
« veau sur les personnes et sur les choses... L'acquisi-
« tion de la propriété se trouva ainsi ramenée à un sys-
« tème simple et unique. »

— Mais il ne faut pas s'y tromper, cette unité qui existe à l'époque de Justinien ne ressemble en rien à l'unité primitive des temps anciens.

« L'unité, continue l'auteur que nous avons nommé,
« fut en sens inverse. Dans les premiers siècles elle
« avait été le résultat de l'empire exclusif du droit civil;
« au temps de Justinien elle fut le résultat des envahis-
« sements du droit des gens. De même que dans les pre-
« miers temps de Rome, il n'y avait qu'une seule proprié-
« té qu'on ne pouvait acquérir que par des solennités ci-
« viles; de même sous Justinien il n'y a qu'une seule
« propriété en ce sens qu'on peut acquérir toutes les
« choses indistinctement par un mode du droit naturel...
« Cette simplicité produite par le triomphe du droit des
« gens sur le droit de cité se trouve avoir, comme on le
« voit, un caractère entièrement différent de la simplicité
« antique qui était basée sur l'empire exclusif du *jus*
« *quiritium.* »

Le droit de propriété d'après le droit civil nous apparaît comme un droit exclusif et jaloux, basé sur le droit public de l'état et protégé par l'ancienne religion formaliste et superstitieuse des Romains. Sous Justinien au contraire les idées morales et philosophiques ont pris le dessus et une propriété d'équité a remplacé la propriété civile.

— Cette transformation s'est opérée sous l'influence de trois causes : nécessités de la pratique, influence de la philosophie stoïcienne, intervention du christianisme.

La pratique cherche toujours à simplifier les formes; les modes d'acquérir la propriété du droit civil ne pouvaient point la satisfaire avec leurs solennités rigoureusement réglementées; le jour ou le sens et l'utilité de ces solennités ne furent plus compréhensibles, les modes ci-

vils d'acquérir la propriété devaient disparaître pour laisser la place aux modes simples et rapides du droit des gens. L'abandon total des formes solennelles du droit civil fut effectué bien avant Justinien car ce prince plaisante la distinction des *res mancipi* et *res nec mancipi* en la supprimant : « *quum etiam res dividi mancipi et nec* « *mancipi sanc antiquum est et merito antiquari opor-* « *tet.* »

L'influence du stoïcisme a été considérable dans cette évolution de la propriété. Cicéron le premier déclara que le droit de propriété était un droit naturel; « *Quam est* « *hic fortunatus putandus cui soli vere liceat, non quiri-* « *tium, sed sapientium jure pro suis vindicare, nec civili* « *nexo, sed communi lege naturæ quæ velat ullam rem* « *esse cujusquam nisi ejus qui tractare et uti sciat* (Cic. *de* « *republica*, 1, 17).

Les stoïciens proclamaient le droit égal de tous aux biens de la terre, et les jurisconsultes avaient embrassé avec ardeur les principes de cette secte philosophique (Voir Giraud, 180).

L'influence du stoïcisne sur la science juridiqne fut immense, jusqu'à Cicéron la jurisprudence ne fut que la science des lois positives de la cité; après lui elle introduisit l'idée d'équité dans le droit.

L'influence du Christianisme ne fut pas moindre. La morale chrétienne devait contribuer puissamment à ce mouvement du droit vers la justice et l'équité.

« Quoiqu'il en soit, conclut M Hastron, grâce à l'in- « fluence du stoïcisme, venu de la Grèce aussi bien qu'à « celle du christianisme, germe détaché de l'Orient, la pro-

« priété se produisit sous un jour nouveau. Elle avait été « dans le principe une institution religieuse et nationale « apanage des citoyens Romains; elle paraît désormais « comme une institution du droit des gens, accessible à « tous les hommes, qui ont tous un droit égal à ses bien- « faits. — En d'autres termes la propriété fut succes- « sivement à Rome une institution de droit religieux, po- « litique, civil, enfin de droit naturel. »

DROIT FRANÇAIS

DES PROCÉDÉS DE MOBILISATION
DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

Expérimentés ou proposés en France et dans les principaux États étrangers

INTRODUCTION

Nous commencerons par indiquer d'une manière bien précise ce que nous entendons par les mots « mobilisation du sol »; il y a une confusion à écarter, une explication à donner.

Les mots « mobilisation du sol » sont employés pour désigner deux questions différentes : dans un premier sens, « mobiliser le sol », c'est faciliter la transmission de la propriété foncière ; dans un second sens, c'est faciliter la circulation des titres hypothécaires. Ce sont là

deux questions distinctes qu'il faut éviter de confondre : l'une s'applique au sol même, l'autre au crédit du sol.

Nous prenons les mots « mobilisation du sol » dans leur second sens qui est le plus habituel, tout en reconnaissant qu'il serait plus exact de dire en ce cas « mobilisation du crédit foncier. »

Une partie de notre travail cependant s'appliquera aussi bien à une des questions qu'à l'autre, car ces deux questions ont un champ d'études commun, toutes deux ont une même réforme pour base de leur solution.

Je m'explique :

Pour faciliter la transmission de la propriété foncière comme pour faciliter la circulation des titres hypothécaires, la première chose que l'on devra faire sera d'asseoir la propriété des immeubles sur une base d'une stabilité absolue et de rendre publique la situation juridique des immeubles ; que l'on prenne les mots « mobilisation du sol » dans un sens ou dans l'autre, il faudra donc toujours, pour résoudre la question proposée, commencer par étudier quels sont les moyens les plus aptes à rendre la propriété certaine et à rendre publiques les charges qui grèvent les immeubles.

Une fois cette première réforme faite, les deux questions se divisent comme deux branches d'une même souche : la première s'occupe de faire circuler le titre de propriété (nous en dirons quelques mots dans le courant de notre thèse) ; la seconde étudie les moyens de faire circuler le titre hypothécaire.

Toute confusion étant écartée, expliquons en deux

mots en quoi consiste le problème que nons allons étudier. Et d'abord l'intérêt de la question ?

— L'intérêt de la question est considérable.

La terre, on le sait, est tombée dans un complet discrédit, les capitaux désertent les placements hypothécaires pour se porter sur les valeurs mobilières, actions, obligations, etc.

Cette situation est fâcheuse et injuste : fâcheuse, car le propriétaire foncier a besoin de capitaux ; injuste, car la terre a une valeur d'une grande stabilité et devrait attirer l'argent qui cherche les placements moins lucratifs mais plus sûrs.

Il est donc intéressant de rechercher par quels moyens on peut ramener vers la terre les capitaux qui s'en éloignent ; c'est là le but de la mobilisation du sol.

— Que faut-il pour cela ?

Il faut deux choses : 1° fonder le crédit foncier, c'est-à-dire faire de l'hypothèque une valeur sûre, qui inspire confiance.

D'après notre régime hypothécaire, l'hypothèque n'offre point de sécurité ; on n'arrivera à donner une valeur certaine à l'hypothèque qu'en faisant connaître d'une manière aussi complète que possible la valeur des immeubles. Pour arriver à ce résultat, il faut rendre publique la situation juridique des immeubles, indiquer qui est propriétaire, quelles sont les charges qui grèvent la propriété.

2° Organiser le crédit foncier, c'est-à-dire faire du titre hypothécaire un bon instrument de crédit.

On y arrivera en supprimant les entraves qui gênent la création et la circulation du titre hypothécaire.

— Nous avons donc deux étapes à parcourir, nous devrons étudier d'abord quel est le meilleur système de publicité des droits portant sur les immeubles, et ensuite quels sont les procédés qui peuvent être employés pour rendre facile la transmission du titre hypothécaire.

Une fois ce chemin franchi, le problème sera résolu ; lorsque l'hypothèque sera devenue une valeur offrant de réelles garanties lorsque le titre hypothécaire pourra se transmettre par un endossement ou tout autre mode rapide et commode, le crédit foncier sera véritablement mobilisé, c'est-à-dire représenté par une valeur ayant la mobilité d'une action, d'une obligation, etc...

Notre plan est ainsi tout tracé.

Dans un premier chapitre nous démontrerons qu'il est nécessaire de réformer notre régime hypothécaire ; nous indiquerons quel était l'esprit du législateur du Code civil et quels sont les vices du régime qu'il a établi, puis nous tracerons rapidement un historique de la réaction qui s'est produite contre ces idées et nous montrerons quels sont les remèdes, insuffisants encore, que l'on a portés à la mauvaise situation du crédit foncier.

Dans un second chapitre nous étudierons les moyens de rendre publique la situation juridique des immeubles ; nous mettrons en parallèle le système de la légalité et le système de notre loi de 1855 et nous chercherons à établir qu'au point de vue de la publicité le système de la légalité est supérieur à notre système.

Enfin dans un troisième chapitre nous examinerons les

différents procédés imaginés pour rendre facilement transmissible le titre hypothécaire : nous étudierons successivement les assignats et les billets hypothécaires, les lettres de gage, les cédules hypothécaires, les bons fonciers de Prusse et les handfentes de Brême.

CHAPITRE PREMIER

NÉCESSITÉ DE RÉFORMER NOTRE RÉGIME HYPOTHÉCAIRE

Le propriétaire foncier a besoin de capitaux ; tout le monde est d'accord sur ce point, et il n'en trouve que difficilement et à un taux exorbitant ; le commerçant, l'industriel, l'état se procurent facilement de l'argent ; l'agriculteur et le propriétaire foncier n'en obtiennent qu'en payant un intérêt considérable ; le capital s'offre volontiers aux premiers et il est méfiant vis-à-vis des seconds.

Et cependant ceux-ci offrent aux prêteurs une garantie de remboursement qui devrait être d'une sécurité absolue. Ils hypothèquent leur immeuble, ils affectent leur terre, leur maison, au remboursement de leur dette, or le gage immobilier est le plus solide de tous ; la terre a une valeur qui varie peu et qui est à l'abri des nombreux accidents qui peuvent ruiner une industrie, bouleverser un état.

Comment donc expliquer que le propriétaire foncier, qui offre une garantie sérieuse, inébranlable, n'ait point de crédit alors que d'autres, dans des conditions beaucoup moins favorables en trouvent tant ?

L'on dira sans doute que le commerce, que l'industrie attirent l'argent par l'appât des gains considérables réali-

sés avec une incroyable rapidité : cela est vrai ; mais par combien de risques ne paie-t-on pas cet espoir de gagner une fortune? une crise, un sinistre. Une concurrence peuvent amener la ruine, et alors que retrouveront de leur argent l'actionnaire, l'obligataire qui auront fourni des fonds pour monter et soutenir une affaire, et combien de personnes préfèrent les placements moins lucratifs et plus sûrs? Et l'Etat pourquoi trouve-t-il tant de prêteurs quand la terre en trouve si peu?

En somme deux emprunteurs se trouvent en présence: l'un offre comme unique garantie de paiement sa fortune personnelle et ses chances de succès ; le second offre en outre de cette première garantie, une seconde qui est une sûreté réelle, un immeuble affecté au paiement de la dette. Le premier de ces emprunteurs trouve des prêteurs, le second n'en trouve pas ; pourquoi cette anomalie?

C'est parce que: 1° l'hypothèque en France n'inspire pas confiance: 2° parce que le titre hypothécaire est un instrument de crédit vieilli, insuffisant.

— L'hypothèque n'inspire pas confiance parce que le créancier n'est jamais sur d'avoir une garantie sérieuse: Du commerçant, de l'État, on peut savoir qu'elle est la situation financière; il y a des assemblées, des comptes rendus, des discussions qui donnent au public les renseignements qui les intéressent; des immeubles, il est impossible de savoir quelle est la situation juridique quel est le degré de solvabilité; vous ne pouvez pas établir d'une façon certaine à qui ils appartiennent et quelles sont les charges qui les grèvent.

— Quant au titre hypothécaire quelle figure fait-il en présence d'une valeur mobilière? Celle-ci se crée et circule facilement sans frais ; elle est au porteur et se transmet de la main à la main, ou bien nominative et se cède par un endossement ou un transfert : les droits de timbre et d'enregistrement sont minimes. Le titre mobilier se présente au prêteur avec tout ce qui peut le séduire ; on l'achète facilement à la Bourse au cours du jour, tant qu'on le garde en portefeuille on touche les intérêts, quand on a besoin de rentrer dans son argent, on le cède. Le tout se fait avec rapidité, sécurité, et presque sans frais.

La création et la circulation du titre hypothécaire sont au contraire entourées d'entraves ; deux notaires ou un notaire et deux témoins doivent présider à sa confection : quant aux cessions d'hypothèque le code n'en a même pas parlé ; si on veut céder la créance, l'hypothèque suivra, mais si on veut céder l'hypothèque seule, on se perd dans d'inextricables difficultés de doctrine dont nous aurons l'occasion de parler tout à l'heure.

— Et pourquoi notre régime hypothécaire est-il si peu en rapport avec les exigences du crédit foncier? C'est que le code a mis tout son soin à enchaîner l'hypothèque au lieu de lui donner la liberté : l'hypothèque est considérée comme un instrument dangereux qu'il ne faut pas laisser aux mains du propriétaire.

La terre en effet était au commencement du siècle considérée comme la partie la plus importante, la seule importante du patrimoine des familles. L'immeuble était tout, le meuble rien ; *vilis mobilium possessio*. On avait

encore les vieilles idées qui remontent à la féodalité ou la terre était non seulement la richesse mais encore la noblesse. La fortune mobilière n'avait pas encore l'importance qu'elle a prise de nos jours par suite de l'immense développement du commerce et de l'industrie ; elle était relativement peu de chose dans la fortune du pays ; d'autre part l'on sortait de la révolution où l'on avait assisté à la terrible débâcle des assignats, au spectacle d'un agiotage effréné et l'on avait une peur intinctive de tout ce qui pouvait encourager le jeu, de tout ce qui pouvait amener un trouble dans la propriété immobilière.

Ces idées, profondément ancrées chez les jurisconsultes, ont dominé la législation hypothécaire pendant bien longtemps ; à toute proposition de mobilisation du titre hypothécaire on répondait : « il ne faut pas livrer les « fortunes territoriales aux chances hasardeuses des spé-« culations et de l'agiotage » (1) « Il est bon de maintenir « chez une nation et dans un siècle où tout se meut, tout « se transforme, il est utile de maintenir avec ses carac-« tères de persistance et de stabilité le seul élément « social qui lutte contre la mobilité générale (2) »

Dans un pareil état d'esprit, il est facile de comprendre que le législateur du Code Civil n'ait point voulu faire de l'hypothèque un bon instrument de crédit. Tous ses efforts tendent à empêcher que le propriétaire n'engage son immeuble ; et, au cas où il l'aurait engagé, soit trop

1. Cour d'Agen. *Doc. relatif à la réforme hypothécaire.* Martin du Nord I, 506
2. Cour de Lyon id id I, 553

facilement dépouillé ; en un mot il protège le propriétaire contre le créancier.

Ce n'est pas tout : par un sentiment d'humanité et de justice des plus louables, le Code protège ceux qu'il considère comme incapables de se défendre eux-mêmes ; il accorde aux mineurs et aux interdits une hypothèque sur les biens de leur tuteur ; à la femme mariée une hypothèque sur les biens de son mari ; et comme il n'est point arrêté par la nécessité de laisser du crédit à la terre, il la leur accorde aussi large, aussi étendue que possible. Il leur donne une hypothèque générale sur tous les immeubles de leur débiteur et il dispense cette hypothèque d'inscription ; de telle sorte que tous les immeubles de tous ceux qui sont ou ont été tuteurs ou maris peuvent être grevés d'hypothèques dont on ne connaît ni l'existence ni l'étendue. Quel crédit est accordé aux immeubles dans ces conditions ? Qui consentira à prêter sur hypothèque.

Ajoutez à cela que par suite d'une erreur, d'une distraction ou d'une impossibilité de s'entendre, on n'exigea aucune publicité pour les transmissions de propriété et que, par conséquent, il était impossible de savoir qui était réellement propriétaire d'un immeuble.

Comment un prêteur eut-il été assez audacieux pour prêter à la terre dans de pareilles conditions c'est-à-dire sans savoir à qui elle appartenait, et quelles charges la grevaient ?

— Une pareille législation ne pouvait se maintenir longtemps sans provoquer les plaintes et les réclamations.

Dès 1826, Casimir Périer demande la réforme d'un système hypothécaire « dont les principaux effets sont « d'éloigner les capitaux des prêts sur les immeubles et de « maintenir la disproportion considérable et fâcheuse « qui existe entre l'intérêt dans les emprunts sur pro- « priété et celui que présentent les autres opérations de « même nature ; » et il propose un prix de 3000 fr. « à « celui qui indiquerait les obstacles qui s'opposent à la « direction des capitaux vers le prêt hypothécaire et pro- « poserait les meilleures dispositions à établir pour former « sur cette partie le projet le plus complet et le plus en « harmonie avec les besoins du fisc, ceux des emprun- « teurs et les garanties qu'ont droit d'exiger les prê- « teurs. »

En 1830 un avocat, Decourdemanche dénonce les dangers de prêter sur hypothèque et propose tout un système destiné à régénérer le crédit foncier, dans un livre qu'il intitule : « du danger de prêter sur hypothèque. »

Dans la séance du 17 avril 1836, à la chambre des députés, Dupin demande une réforme pour faciliter le mouvement des capitaux vers la terre.

En 1841, le ministre de la justice ouvre enfin une enquête, il s'adresse à la Cour de Cassation, aux cours d'appel et aux facultés de droit et il leur demande conseil. Il rappelle, dans une circulaire d'une grande clarté, les critiques dirigées contre le régime hypothécaire : « impos- « sibilité de connaître toutes les charges qui grèvent un « fonds, clandestinité des hypothèques de la femme, des « mineurs et des interdits... absence de moyens de mobiliser « les titres hypothécaires, il signale les graves effets du ré-

« gime hypothécaire dans l'ordre économique, le posses-
« seur n'étant jamais sûr d'une pleine propriété hésite à
« engager ses fonds dans la terre, le capitaliste hésite à
« lui confier des fonds. » Les réponses des cours et des facultés forment le dossier très complet du régime hypothécaire (1). Une réforme est demandée d'une façon presque unanime. Toutes les cours et facultés, sauf la cour de Bordeaux et la cour de Toulouse, réclament la publicité de la transmission de la propriété et des droits réels. Beaucoup proposent de perfectionner le régime hypothécaire ; quelques-uns, plus hardis, vont droit au but et demandent l'organisation du crédit foncier por une publicité complète de tous les droits réels.

Le public s'intéressa à la question, En 1841, Hébert (2) notaire à Rouen et Loreau (3), directeur de l'enregistrement publient des brochures sur la matière.

En 1844, une commission est nommée pour reviser les lois hypothécaires, une sous commission recherche les meilleurs moyens d'établir le crédit Foncier. Ces travaux sont arrêtés par la Révolution de 1848.

En 1848, les projets de mobilisation du sol, de création de papier monnaie affluent à l'assemblé nationale. Par

1. Elles ont été réunies en trois volumes publiés par les soins de Martin du Nord, ministre de la justice, en 1844.

2. De quelques modifications à introduire dans le régime hyp. et considérations sur l'utilité d'un système propre à justifier la capacité civile de chaque contractant.

3. Du crédit foncier et des moyens de le fonder ou création d'un système hypothécaire appuyé sur le cadastre, l'enregistrement des contrats et le revenu imposable de la propriété.

un sentiment assez puéril un grand nombre de citoyens prônaient le papier monnaie qu'ils considéraient comme une monnaie essentiellement républicaine! Aucun de ces projets d'ailleurs ne fut voté.

En 1849 on recommence à étudier la question de la réforme hypothécaire. Deux commissions sont nommées l'une par le gouvernement, l'autre par l'assemblée. Deux rapports sont déposés par de Vatimesnil et par Bethmont. Tous deux demandent l'adoption du principe de la publicité des transmissions de la propriété, de la publicité et spécialité des droits réels grevant les immeubles.

En même temps on reprend la question du crédit foncier. En 1845 on avait envoyé M. Royer étudier en Pologne et en Prusse les associations de crédit foncier. M. Royer (1) avait fait un rapport. M. Josseau compléta ce travail en 1851 ; une enquête fut ouverte devant le conseil d'état (juin 1859) des rapports faits par le ministre de l'agriculture, Dumas et par Chégaray. La question allait aboutir.

Intervient le coup d'Etat du 2 décembre qui de nouveau interrompt ces travaux.

Enfin l'on se remet à la tâche et on aboutit, d'une part, à la loi de 1855, de l'autre au décret de 1852; le premier ordonnait la transcription des actes de ventes d'immeuble et des actes constitutifs de certains droits sur les immeubles; le second autorisait la création de sociétés de crédit foncier ayant pour but de faire des prêts hypothécaires et

1. Nouveaux documents sur les institutions de crédit foncier qui existent dans les divers états européens.

dotait ces sociétés d'une législation hypothécaire privilégiée.

Ces mesures furent un très réel progrès sur le passé; aujourd'hui encore ce sont elles qui nous régissent; mais sont-elles suffisantes ? ont-elles donné à la terre le crédit qu'elle peut, qu'elle doit avoir? Nous ne le croyons pas.

La loi de 1855 protége les acquéreurs de droits réels mais elle est loin de leur donner une sécurité complète : elle indique qui n'est pas propriétaire d'un immeuble, mais elle ne dit pas qui est le propriétaire. Elle ne supprime pas les hypothèques générales et occultes etc.... Il y a là une grande lacune à combler; nous retrouverons cette question tout à l'heure.

Quant au décret de 1852 il organise un puissant moyen de crédit et la Société du crédit foncier qui s'est fondée conformément à ce décret a rendu de très réels services : mais la véritable réforme n'a pas été faite. On a, pour ainsi, dire mis la charrue avant les bœufs. Notre régime hypothécaire était l'obstacle, il ôtait tout crédit à l'hypothèque, il fallait le régénérer d'abord, créer des Sociétés de crédit ensuite. On fit l'inverse : on conserva le régime hypothécaire intact, et on se contenta d'introduire en faveur des sociétés de crédit foncier quelques dérogations à la règle générale. Nous parlerons de ces dérogations, et nous verrons combien le résultat qu'elles veulent obtenir serait plus facilement et plus complètement atteint par d'autres procédés.

— L'œuvre du réformateur n'est donc pas terminée, la loi de 1855 est incomplète, la loi de 1852 demande a être perfectionnée et complétée.

La question s'est rendormie pendant quelque temps : aujourd'hui elle se réveille et reparaît à l'ordre du jour. De nombreuses brochures, des articles dans les revues d'économie politique et de droit, étudient la question de la mobilisation du sol, du crédit foncier ; on écrit sur les législations étrangères qui fondées sur des principes absolument différents des notres, donnent des capitaux au sol : l'act Torrens, les lois Prussiennes, les lois autrichiennes etc.... Il y a trois ans à peine on a introduit en Tunisie les principes de ces législations. — On a été rechercher dans le chaos des lois révolutionnaires le décret du 9 Messidor an III dont on n'avait gardé le souvenir que par la triste réputation que les commentateurs lui avaient faite ; on s'est imaginé de trouver que certaines des idées qui y étaient proposées étaient moins coupables et plus pratiques qu'on ne pensait !

A côté de ces travaux intellectuels le fait du discrédit de plus en plus grand où tombe la propriété rurale appelle l'attention sur la question du crédit foncier.

Nous devons donc rechercher s'il n'existe point dans les législations étrangères, ou dans les différentes propositions qui ont été faites en France un règime foncier plus apte que le nôtre à fournir au propriétaire les capitaux dont il a besoin.

CHAPITRE II

COMMENT DONNERA-T-ON DU CRÉDIT AU SOL

Le premier point, le point essentiel si l'on veut mobiliser le crédit foncier, c'est d'établir un bon système de publicité déterminant d'une façon certaine la situation des immeubles.

« Crédit » veut dire confiance : une personne a du crédit, la terre aura du crédit, si elle inspire confiance.

Lorsqu'un emprunteur vient demander de l'argent à un prêteur, la première chose que ce prêteur fait, c'est d'examiner le degré de solvabilité de son emprunteur. Il ne lui accordera son argent que s'il a la certitude ou à peu près d'être remboursé. La véritable manière de mettre le prêteur en confiance c'est de lui fournir le moyen de constater la situation pécuniaire de son emprunteur.

Si on veut que la terre ait du crédit, il faut rendre publique sa situation pécuniaire ; déterminer quel est son propriétaire et quelle est sa situation juridique. Vous venez m'emprunter de l'argent et vous me garantissez le paiement sur votre immeuble : il faut d'abord que je sois sûr que l'immeuble vous appartient réellement ; il faut ensuite que je sache quels sont les droits et les charges qui pèsent sur votre immeuble et en changent la valeur.

Nous avons donc deux points à étudier : 1° quelle est la meilleure manière d'assurer la publicité de la transmission de la propriété ; 2° quel est le meilleur procédé capable de faire connaître la situation juridique d'un immeuble.

1° *Publicité de la transmission de la propriété.*

Trois systèmes se trouvent en présence.

1° *Système de* 1804. — La propriété se transfère par le seul consentement des parties. Aucune formalité extérieure n'est requise : aussitôt que les parties sont tombées d'accord la propriété est transmise. Ce système est aujourd'hui complétement abandonné. Ce n'est que par un « escamotage » qu'il s'est trouvé rester dans le Code. Il fait vraiment trop bon marché de l'intérêt des tiers !

2° *Système de* 1855. — Entre les parties la seule volonté transfère la propriété, à l'égard des tiers il faut une formalité extérieure. Ce système qui régit actuellement la France a le grand avantage de respecter à la fois la volonté des parties et l'intérêt des tiers. Mais il n'est point complet.

Quatre propositions nous permettront de le mettre en regard du troisième système que nous exposerons.

1° La formalité extérieure n'est nécessaire qu'à l'égard des tiers et seulement des tiers qui ont acquis des droits réels du chef du vendeur.

2° La formalité exigée est une transcription de l'acte de vente, c'est-à-dire une copie de l'acte.

3° L'opération se fait au bureau de la conservation des hypothèques, qui est une administration.

4° La transcription n'est exigée que pour les mutations entre vifs.

3° *Système de la légalité* ou système germanique. — La propriété n'est transmise à l'égard de tous que par l'inscription sur le livre foncier. Ce système peut se résumer en quatre formules.

1° L'inscription est nécessaire et suffisante à l'égard de tout le monde pour qu'il y ait transmission de propriété.

2° L'inscription n'est pas la copie d'un acte mais la constatation d'un droit acquis.

3° L'inscription est un jugement, le registre foncier fait foi des mentions qu'il contient ; la tenue du registre est une fonction judiciaire.

4° L'inscription est nécessaire pour toutes les transmissions de propriété.

Ce système est appliqué en Allemagne, en Autriche, en Russie, en Suisse, en Belgique (1), dans les colonies anglaises de l'Autralie. Il a été introduit en Tunisie par la loi du 1er juillet 1885 ; on propose de l'appliquer en Algérie.

On voit quelle énorme étendue il couvre, quelle impor-

1. Nous ne parlons pas de la Suède où la formalité de l'inscription est nécessaire pour la transmission des droits réels, où il existe un registre foncier, parce que cette investiture et ces registres n'ont pas les caractères qu'ils ont dans les législations germaniques. L'investiture n'y est qu'une mesure de publicité les registres ne font pas foi.

tante place il tient. En Europe la majorité des nations l'ont adopté; il règne dans toute l'Océanie et ses dépendances; il s'est introduit en Afrique, en Asie, en Amérique.

Cette idée de faire dépendre la transmission du droit de propriété d'une formalité extérieure remonte loin puisqu'elle se trouve à la base du droit Romain. A Rome, le consentement des parties ne suffit pas à transférer la propriété, il faut encore qu'il y ait une mancipation, un cession juridique ou une tradition. Elle existe chez les Germains. Les terres en effet étaient primitivement communes; on faisait chaque année un lotissement; ces partages devaient se faire publiquement en présence de la tribu qui toute entière y était intéressée. La propriété individuelle, lorsqu'elle fut admise continua à être considérée comme une concession de l'Etat; l'intervention de l'Etat est donc nécessaire pour toutes les mutations de propriété. Voilà le principe germanique. Il s'établit tout naturellement en Allemagne; nécessité de l'investiture. Il y eut à partir du XIII[e] siècle, une réaction; le principe Romain de la nécessité de la tradition s'introduisit.

Dès le XIII[e] siècle on trouve des registres fonciers dans les villes de la Hanse, Hambourg et Lubech.

En 1722, la Prusse entière est soumise au régime du régistre foncier; en 1783 loi hypothécaire est complétée par le code civil général Prussien en 1774 mais chose curieuse l'inscription n'était pas nécessaire pour la transmis-

sion de la propriété, la tradition suffisait ; enfin en 1872 (1) lois hypothécaires qui les régissent encore, rétablissant la nécessité des inscriptions pour la transmission de la propriété.

Le même principe de la nécessité de l'inscription est établi en Autriche en 1758 et 1765, et définitivement organisé par la loi du 25 juillet 1871 (2).

En Russie dès le XVI[e] siècle l'usage de l'inscription existe. Les actes translatifs de propriété doivent être inscrits sur les livres d'un bureau foncier ; cette obligation était tombée en désuétude en 1829 : mais une loi de 1866 rendit de nouveau l'inscription nécessaire. Enfin un avis du conseil de l'empereur du 19 mai 1881 (3) établit en Russie une législation modelée sur les lois hypothécaires prussiennes de 1872.

La loi qui a introduit en Australie le principe de la légalité, est l'act Torrens.

Sir Robert Richard Torrens était directeur de l'enregistrement dans la colonie anglaise de South Australia. Frappé des difficultés et des frais des transmissions de la propriété, il chercha un système assurant la sécurité et le bon marché de ces transmissions. « Il remarqua le con-
« traste que présentaient dans les colonies Australiennes
« deux catégories de propriétaires ceux qui tenaient leur

1. Voir : *Annuaire de législation étrangère* 1873, p. 208. Traduction de ces lois et notes de M. Paul Gide.

2. Voir : *Bulletin de la société de législation comparée* 1874. 1875 p. 343. Notes de M. Orlieb.

3. Voir : *Annuaire de législation étrangère* 1881, p. 692. Notes de M. Dareste.

« droit de la couronne, c'est-à-dire qui s'étaient rendus « acquéreurs de terres publiques et ceux qui tenaient « leur droit d'un acte à titre privé.... Il fut dès lors amené « à se demander si le meilleur moyen d'introduire la « simplicité et la sécurité dans les transactions immo« bilières ne serait pas tout simplement.... de considérer « tous les propriétaires comme concessionnaires directs « de l'état. Il suffisait pour cela d'imaginer qu'à chaque « mutation la terre fut censée revenir à l'état qui la con« céderait directement au nouveau propriétaire (1). »

Ici encore intervient l'idée d'une investiture donnée par l'état mais c'est une simple fiction légale imaginée par Torrens comme le moyen le plus pratique de faciliter la transmission de la propriété, l'act Torrens d'ailleurs est purement faculatif.

Torrens entama une campagne vigoureuse pour faire adopter son système; élu député à Adélaïde il proposa sa loi qui fut votée par les chambres, approuvée par le gouverneur le 27 janvier 1858 et appliquée à partir du deux juillet suivant.

Après avoir organisé son système dans la province de South Australia il alla faire une tournée dans les autres colonies de l'Australie: La Nouvelle Galle du sud, Victoria, Queensland adoptèrent successivement l'act Torrens; la Tasmanie et la Nouvelle Zélande l'accueillirent également.

Torrens essaya alors d'importer son système en Angle-

1. L'act Torrens. par Ch. Gide. *Bulletin de la société de législation comparée*, 1886.

terre, mais il ne réusit pas : en revanche s'il eût vécu quelques années de plus il aurait vu son système s'introduire en Tunisie.

« Il est permis de prévoir, dit M. Gide, le jour où le système Torrens aura gagné successivement toutes les colonies et sera devenu la loi organique de la propriété foncière dans tous les pays neufs partout où la propriété est à l'état naissant et n'a pas encore été pétrie et repétrie par un travail législatif de plusieurs siècles. »

Le système de la legalité a, comme on le voit, une grande importance, au moins si l'on envisage le nombre de législations qui l'ont adopté.

Il n'a pas une moins grande importance si on l'envisage au point de vue de ses résultats pratiques. Il est actuellement le système qui assure le mieux la publicité de la situation juridique des immeubles. Nous allons donc étudier ce système et pour bien faire ressortir ses traits caractéristiques, nous allons le mettre en parallèle avec le système de la loi de 1855 qui nous régit actuellement.

Nous indiquerons ensuite quels sont ses avantages et quels sont ses inconvénients.

Comparaison entre le système de la loi de 1855 et le système de la légalité.

1re différence. — La loi de 1855 exige la transcription des actes translatifs de la propriété ; mais la nécessité de cette transcription est toute relative ; entre les par-

ties le seul consentement suffit pour transférer la propriété ; la transcription n'est nécessaire qu'à l'égard des tiers qui ont acquis sur l'immeuble des droits réels du chef du vendeur. Je m'explique : un vendeur s'entend avec un acheteur pour lui vendre sa maison ; du jour où ils sont tombés d'accord, que l'acheteur ait ou n'ait pas fait transcrire, l'acheteur est devenu propriétaire, le vendeur a cessé de l'être : la mutation de propriété est opérée, l'immeuble est passé du patrimoine de l'un dans le patrimoine de l'autre ; le vendeur, ses créanciers chirographaires, le possesseur n'ont plus de droits sur l'immeuble.

Mais si avant que l'acheteur ait fait trancrire son acte d'aliénation, le vendeur avait concédé des droits réels à des tiers, s'il avait vendu à un second acheteur, s'il avait donné une hypothèque, les titulaires de ces droits pourraient opposer leurs droits à l'acheteur.

D'autre part la transcription de l'acte d'aliénation ne suffit pas à transférer la propriété ; le consentement du propriétaire est nécessaire. J'achète un immeuble d'un non propriétaire je fais transcrire : puis j'agis en propriétaire, je concède une hypothèque par exemple : le véritable propriétaire survient, revendique son immeuble et triomphe ; tous les droits que j'ai concédés sont nuls. Je suis considéré comme n'ayant jamais été propriétaire.

Nous pouvons donc dire que d'après le système de la loi de 1855 on est propriétaire même si on n'a pas transcrit l'acte d'aliénation, d'autre part on n'est pas proprié-

taire par le seul fait d'avoir fait faire cette transcription.

Dans le système germanique c'est juste le contraire l'inscription a une force absolue.

1° Pour être propriétaire, il faut être inscrit sur le registre foncier.

2° Celui qui est inscrit est propriétaire : tous les droits qu'il concède sur l'immeuble dont il est propriétaire d'après le registre foncier seront opposables à tout le monde.

— La première proposition est la base même du système germanique il est appliqué partout dans toute sa rigidité.

— La seconde est quelquefois tempérée par quelques concessions faites à l'équité.

— L'act Torrens applique ces principes sans admettre le moindre tempérament, il faut et il suffit d'être inscrit pour être propriétaire art. 43 « aucun acte trans-
« latif de propriété ou constitutif d'hypothèque ayant pour
« objet un immeuble soumis au régime de la présente
« loi ne produira ses effets qu'à partir de l'enregistre-
« ment qui en aura été fait conformément à ladite loi.
« Mais par le seul fait de l'enregistrement du dit acte
« tous les droits qu'il confère seront transférés à la par-
« tie intéressée. »

Le propriétaire une fois inscrit sur le registre n'a plus à se préoccuper du passé : tant pis pour celui qui serait spolié : art. 123 « aucune action en éviction ne sera re-
« cevable contre le propriétaire immatriculé d'un im-
« meuble soumis à la présente loi et la production en

« justice du certificat de titre formera un obstacle ab-
« solu à la poursuite qui sera intentée contre la personne
« qui est désignée comme propriétaire. »

Mais que deviendra le propriétaire spolié. Par suite d'une cause quelconque une personne est inscrite comme propriétaire d'un immeuble à la place d'une autre, quel sera le droit du propriétaire dépouillé.

Peut-il revendiquer son bien? Non, sauf cependant dans un cas: lorsqu'il a été exproprié par fraude et que l'immeuble est resté entre les mains de l'usurpateur, et même dans ce cas il devra respecter les droits réels consentis à des tiers de bonne foi art. 123 (1) *in fine:* « sont
« exceptés... la revendication exercée par une personne
« victime d'une fraude contre le prétendu propriétaire
« immatriculé par fraude ou contre ses ayants cause (à
« l'exception d'un acheteur ou d'un créancier hypothé-
« caire de bonne foi). »

Mais dans aucun autre cas il n'aura d'action en revendication il n'aura qu'un recours en dommages intérêts contre l'administration. Ce recours est garanti par une caisse d'assurances très ingénieusement imaginée : chaque propriétaire qui fait immatriculer un immeuble paie un droit minime de 1/2 denier par livre sterling soit environ 2 pour mille. Tous ces droits sont réunis et servent à désintéresser les propriétaires spoliés.

Ainsi, l'act Torrens garantit d'une façon absolue

1. Voir la traduction de l'act Torrens dans Le système Torrens, de son application en Tunisie et en Algérie. Rapport à M. Tirman, gouverneur général de l'Algérie par M. Dain.

tous les acquéreurs de droits réels qui sont de bonne foi.

Mais dira-t-on, on n'accorde aux propriétaires actuels qu'une protection dérisoire. Il suffit que celui qui tient le registre fasse une erreur ; il suffit qu'un habile escroc se fasse frauduleusement immatriculer comme propriétaire et vende immédiatement à un tiers de bonne foi l'immeuble pour que le propriétaire véritable soit dépouillé.

Cela est vrai et le reproche est parfaitement mérité. En théorie, il y a là quelque chose qui choque ; mais en pratique on verra combien cette critique est illusoire, les immatriculations sont entourées de telles précautions que la fraude et l'erreur sont peu à craindre ; les faits sont là pour prouver que les cas de spoliation sont rares. Nous reviendrons sur ce point quand nous chercherons les avantages et les inconvénients du système de la légalité.

La loi Tunisienne (1) s'inspire de très près de l'act Torrens. Art. 15 : « Tout droit réel n'existera à l'égard des « tiers que par le fait et du jour de son inscription à la « conservation de la propriété foncière. »

Art. 16. — L'existence d'un droit réel résultera à « l'égard des tiers de son inscription ; l'annulation de « cette dernière ne pourra en aucun cas être opposée aux « tiers de bonne foi. »

Article 38. — « Toute personne dont les droits auraient « été lésés par une immatriculation n'aura jamais de re-

1. Voir le rapport de M. Dain, indiqué p. 16, n° 1.

« cours sur l'immeuble, mais seulement une action en « dommages intérêts.

Art. 39. — « Il est institué un fonds d'assurance constitué et entrenu par un droit de 1 pour 1000 prélevé sur la valeur de l'immeuble immatriculé et après l'immatriculation sur le montant de chaque droit réel ou de chaque bail inscrits à la conservation de la propriété foncière et par un droit fixe de un franc payé lors de l'inscription pour les droits dont la valeur est indéterminée.

Mais ici une différence existe entre l'act Torrens et la loi Tunisienne. Le premier n'accorde d'action en dommages intérêts que contre l'administration. La seconde au contraire veut que l'auteur direct du dommage soit discuté préalablement. Ce n'est que dans le cas où cette action n'aboutirait pas que la demande à fin d'indemnité sera recevable contre le fonds d'assurance. art. 40.

— La loi Prussienne est plus large que l'act Torrens. Elle donne au propriétaire spolié le droit d'attaquer toute inscription conformément aux règles du droit civil (art 9). Il peut faire annuler l'inscription ; il sera dans ce cas toujours obligé de respecter les droits acquis par les tiers de bonne foi (1), mais enfin il peut agir contre le

1. Il faut dire un mot ici de l'usage des prénotations : Un propriétaire s'aperçoit qu'il est spolié par un tiers qui s'est fait inscrire sur le registre. Il intente une action en annulation de l'inscription. Mais tant que le procès n'est pas jugé, tant que la radiation de l'inscription n'est pas opérée, celui qui est inscrit comme propriétaire peut concéder valablement des droits réels sur la propriété à des tiers de bonne foi ; il peut la vendre,

propriétaire inscrit. Il aura donc deux actions ; la première qui lui permettra de faire annuler l'inscription si cela est possible ; la seconde qui lui donne le droit de poursuivre en dommages intérêts le propriétaire inscrit. Il faut ajouter que s'il y a eu une faute commise par les fonctionnaires attachés à la conservation des livres fonciers, ceux-ci sont responsables des dommages qui en seront la conséquence, si la partie lésée ne peut pas se faire indemniser autrement.

Cette législation Prussienne a le mérite d'être plus équitable que celle de l'act Torrens, mais elle offre à la victime une garantie moins solide.

La loi Autrichienne fait un pas de plus dans le sens de l'équité. Elle cherche à concilier les intérêts des tiers de bonne foi avec les droits de ceux qui peuvent être spoliés (1).

D'une part la seule convention qui ne peut pas transférer la propriété n'est pas absolument inefficace. Dès que la tradition a été faite le possesseur a une action particulière fondée sur une présomption de propriété.

il peut l'hypothéquer etc... Le véritable propriétaire court donc un danger continuel.

Le législateur a paré à cette situation fâcheuse en autorisant celui qui intente l'action en annulation à faire insérer au livre foncier, avec la permission du juge une prénotation, c'est-à-dire une inscription prévenant les tiers que le droit de propriété de celui qui est inscrit est contesté ; tout droit réel concédé par lui à partir de la prénotation est exposé à être annulé.

1. Voir *B. de la Société de législation comparée* 1876, p. 343. Notes de M. Ortlieb.

D'autre part l'inscription à elle seule ne suffit pas pour transférer un droit réel : il faut la réunion de ces deux éléments, le consentement des parties et l'inscription. Celui qui peut faire annuler une inscription de propriété dans un certain délai fait tomber tous les droits que le faux propriétaire a concédés.

Celui qui est lésé par une inscription peut intenter une action en nullité : il mentionnera sa demande sur le registre foncier dans un délai de trente à soixante jours ; dans un nouveau délai de soixante jours il intentera sa demande. S'il triomphe, si la radiation est ordonnée, tous les droits réels acquis par des tiers, même de bonne foi tomberont. S'il a formé sa demande après ces délais, tous les droits acquis antérieurement à la mention de son action sur le registre foncier seront respectés ; tous ceux acquis postérieurement tomberont s'il triomphe.

Ainsi la loi Autrichienne réserve une courte période pendant laquelle le propriétaire spolié pourra se faire réintégrer dans tous ses droits ; passé ce délai les tiers pourront en toute confiance agir sur la foi du registre.

Voilà la première différence entre le système français et le système germanique : le premier ne donne à l'inscription qu'une force relative, le second lui donne une force absolue.

2e différence. — La tenue des registres est une fonction judiciaire dans le système de la légalité, c'est une simple fonction administrative dans le système de la loi de 1855.

Etant donné ce double principe de la nécessité de

l'inscription et de la foi due à cette inscription, il est clair qu'il faut à tout prix éviter les erreurs. Aussi, l'inscription n'est-elle pas ce qu'elle est chez nous. En France le conservateur chargé de la transcription des actes d'aliénation et de l'inscription des hypothèques est un simple fonctionnaire de l'administration de l'enregistrement. Son travail est presque uniquement matériel. Il n'est pas juge de la validité de l'acte qu'on lui apporte, et il ne peut en aucun cas refuser ni retarder l'inscription ou la transcription. Dans les pays de droit germanique il en est différemment : toute inscription est un jugement.

Nous devons ici décrire et expliquer le registre foncier, qui est la base de tout le mécanisme des inscriptions ; tout le fonctionnement des systèmes germaniques repose sur l'existence et la tenue de ce registre foncier.

Il existe au chef lieu de chaque circonscription un régistre où chaque immeuble (1) de la circonscription a une feuille spéciale, sur cette feuille est inscrit tout ce qui peut intéresser les tiers relativement à cet immeuble. On détermine d'une façon précise de quel immeuble il s'agit, on dit sa situation, son étendue ; il a avant d'être immatriculé dû être borné ; on indique son numéro au livre cadastral (2), on en dresse le plan, on inscrit le

1. En Prusse le conservateur peut à son choix organiser la publicité d'une façon réelle ou d'une façon personnelle *real folien ou personal folien* c'est-à-dire consacrer chaque feuille de son registre à un immeuble ou à une personne.

2. En Prusse, le livre territorial est le pendant du registre foncier. Il fait foi de la configuration physique des immeubles comme le registre foncier fait foi de leur situation juridique.

nom du propriétaire actuel et l'on précise de qui il tient la propriété et à quelle date il l'a acquise. Sur cette feuille sont ensuite inscrits tous les droits et les charges qui grèvent la propriété et en modifient la valeur, hypothèques, servitudes, baux, etc...

La conservation de ce registre est confiée à un juge; celui qui requiert une inscription doit commencer par produire ses titres, il demande à être inscrit; le juge peut consentir à l'inscrire, il peut aussi refuser de le faire. Il examinera les droits du requérant et suivant qu'il les jugera suffisants ou insuffisants il accordera ou refusera l'inscription.

— En Prusse, le livre foncier s'appelle GRUNDBUCH; le juge conservateur se nomme GRUNDBUCHRICHTER, il est pris parmi les juges du tribunal et le bureau de conservation fait partie du tribunal.

Un propriétaire veut-il aliéner son immeuble il se présente avec son acquéreur devant le *Grundbuchrichter*. Il déclare consentir l'aliénation, et l'acquéreur demande l'inscription; cette double déclaration s'appelle l'investiture (loi 1, art. 8). L'acquéreur présente sa demande de vive voix, par écrit en forme authentique ou par mandataire; il donne les titres sur lesquels elle est fondée. Le juge conservateur prend note du moment où elle est déposée et rédige un projet d'inscription qui est transcrit sur le livre foncier puis il vérifie la validité dans la forme et dans le fond de la demande (Loi II 31-48); il examine si l'aliénateur est propriétaire, s'il est capable d'aliéner, si l'immeuble est susceptible d'aliénation, si l'acquéreur est capable d'acquérir, et il accorde ou refuse l'inscription.

On a fait au système Prussien un reproche qui semble mérité; il n'entoure pas le jugement d'inscription de garanties suffisantes. Puisque c'est un jugement pourquoi ne pas donner autant de garanties que pour un jugement. C'est un juge spécial qui agit, aucune notification spéciale n'est prescrite et il n'y a point de recours.

La loi Autrichienne, au contraire, prescrit la communication à tous les intéressés de la décision survenue et leur ouvre un recours contre cette décision (1). Ce sont du reste les tribunaux eux-mêmes qui statuent. Le registre foncier en Autriche se nomme comme en Allemagne le *Grundbuch;* il se divise en deux livres : le premier le *Hauptbuch,* est la réunion des feuilles des immeubles; chaque feuille se compose de trois feuillets. Le 1er porte la désignation de l'immeuble et des droits qui existent à son profit sur d'autres biens; le 2eme indique les noms des propriétaires successifs, de leurs titres et de la date de leur inscription ainsi que les restrictions qui peuvent exister à leur droit de disposer; le 3e porte l'inscription de tous les droits réels et autres assimilés qui grèvent l'immeuble. Le second livre l'*Urkundensammlung* est le recueil contenant les copies certifiées des titres qui ont servi de fondement aux inscriptions.

En Australie voici le système qui a été créé par l'act Torrens. Il existe un registre *matrice* où tout ce qui concerne les immeubles est inscrit. Ce registre est tenu par un *registrar géneral* qui a comme le *grundbuchrichter* des fonctions administratives et judiciaires. Veut-on faire

1. Voir *Bulletin législ. comparée* 1876. Note de M. Orlbiet.

immatriculer un immeuble on fait une demande par écrit en y joignant le plan de la propriété et ses titres. Le *registrar* examine les titres en se faisant aider par un jurisconsulte appelé maître des Titres, il ordonne la publicité qu'il estime nécessaire. Il juge les difficultés qui peuvent se présenter (toutes ses décisions d'ailleurs sont susceptibles d'appel) ; s'il se produit une opposition il suspend la procédure jusqu'à ce que mainlevée lui ait été remise.

Le *registrar* rédige deux titres où il fait la description de l'immeuble, indique le nom et la qualité du propriétaire, inscrit les hypothèques et autres droits ; il joint en marge le plan de la terre. Ces deux titres sont identiques ; l'un est la copie et quelquefois même la photographie de l'autre. Il en garde un et il envoie l'autre au propriétaire. Chaque fois que le propriétaire voudra concéder un droit réel sur son immeuble il devra comme preuve de sa propriété représenter ce « certificat de titre. »

Veut-il donner une hypothèque ; il rédigera un acte de concession d'hypothèque ou même il prendra tout simplement une formule toute préparée (1) dont il n'a qu'à remplir les blancs ; il y joindra son certificat de titre et il enverra le tout au *registrar* général. Celui ci inscrira sur le feuillet du registre matrice l'hypothèque concédée, il reproduira la même mention sur le certificat de titre qu'il renverra au propriétaire.

Veut-il vendre ; il rédige un acte de vente ou il rem-

1. On trouve en effet aux bureaux d'enregistrement, chez les papetiers, etc. des formules imprimées pour les différentes opérations qu'on peut vouloir faire.

plit les blancs d'une formule de *memorandum* de transfert et il l'envoie avec son certificat de titre au *registrar* général. Celui-ci garde ce titre, retire la feuille de l'immeuble du registre matrice; et rédige une nouvelle feuille et un nouveau certificat de titre au nom de l'acquéreur.

Ainsi à chaque opération le certificat de titre devra être envoyé au *registrar général*: « cette rédaction en dupli-
« cata est la disposition fondamentale de l'act Torrens, celle
« qui constitue son originalité. »

Le grand avantage de ce système c'est que le certificat de titre sera toujours au courant et que le propriétaire aura toujours sous la main un tableau d'une fidélité et d'une sécurité absolues de la situation juridique de son immeuble. Un acquéreur pourra donc contracter sur le vu du certificat de titre sans être obligé d'aller au chef-lieu de la circonscription consulter le registre matrice.

Un second avantage c'est qu'un propriétaire peut engager son immeuble par la simple remise du certificat de titre. Le détenteur de ce certificat sera bien sûr que la propriété ne pourra être ni hypothéquée ni vendue, puisque de pareilles opérations ne peuvent se faire que si le certificat de titre est représenté.

— La loi Tunisienne a imité l'act Torrens. Chaque propriétaire se fait délivrer une copie du titre déposé chez le conservateur, toute mention portée sur le titre doit être reproduite sur la copie, mais elle a deux institutions qui lui sont particulières et qui ne sont pas, il faut le reconnaître des originalités heureuses.

1°. Lorsqu'il s'agit de faire immatriculer un immeuble, le juge compétent auquel la demande d'immatriculation

est soumise est un tribunal mixte. Ce tribunal mixte est composé de membres français et de membres indigènes en nombre inégal, suivant la nationalité de celui qui requiert l'immatriculation. Il décide s'il y a lieu d'accorder ou de repousser la demande qui lui est adressée; s'il ne se produit aucune opposition ni contestation il examinera simplement si la demande est régulière, si le terrain a été borné, etc... Si au contraire il se produit une opposition, une contestation, de deux choses l'une; ou il les trouve acceptables et il renvoie les parties devant les tribunaux, ou les trouve inacceptables et il passe outre; il ordonne l'immatriculation alors et sa décision n'est pas susceptible d'appel (Loi Tunisienne, art. 33-37).

Il est difficile de comprendre pourquoi dans un cas ce tribunal est obligé de s'en référer à un autre juge et pourquoi dans le second il décide d'une manière souveraine, sans appel.

2°. Le conservateur, en Tunisie, a gardé le caractère subalterne qu'il a en France (Loi Tunisienne art. 353). « Il ne peut refuser ni retarder une inscription, une ra- « diation, réduction ou rectification d'inscription régulièrement demandée.

Il y a là une disproportion inadmissible entre l'importance de l'inscription et la qualité de celui qui est chargé de la faire.

3e *différence*. L'inscription sur le registre foncier diffère de la transcription sur le registre du conservateur en ce que celle-ci est la copie d'un acte tandis que celle-là est la constatation d'un droit.

Au point de vue de la publicité il y a certainement un

avantage a ne mettre sur un registre que quelques mots indiquant de suite ce qui est utile à connaître : existence d'un droit, son caractère, son importance, au lieu d'y étendre dans toute sa longueur, dans tous ses développements un acte entier.

Voilà une première différence dans la forme, mais il y a entre la transcription et l'inscription une différence plus substantielle : la transcription constate seulement l'aliénation, la seconde la consomme, la première est la copie de l'acte d'aliénation, l'inscription réalise la mutation de propriété. (1)

4e *différence.* — La transcription n'est exigée en France que pour les transmissions de propriété entre vifs : dans les pays qui appliquent le système de la légalité toute ransmission de propriété immobilière même par décès doit être inscrite.

L'article 1 de la loi du 23 mars 1855 ne parle que des actes entre vifs, les mutations par décès et les testaments ne sont donc pas assujettis à la formalité, il en est de même pour les actes déclaratifs, les partages par exemple.

Il y a certainement là au point de vue de la publicité de la situation juridique des immeubles une grande la-

1. Ce que nous disons de la propriété est vrai aussi pour les droits réels : dans les systèmes germaniques les droits réels n'existent que s'ils sont inscrits, aussi bien les droits autres que la propriété que le droit de propriété.

Cependant la loi Prussienne déroge à ce principe : d'après la loi de 1872 : les droits réels existent entre les parties, alors même qu'ils ne sont pas inscrits (*Ann. lég. étr.*, 1872, p. 219, n° 4).

cune : un immeuble peut passer d'un propriétaire à son héritier ou à son légataire sans que le public en soit averti, sans qu'il puisse constater la transmission.

Au point de vue de la publicité il y a donc lieu de réparer cette lacune de la loi de 1855 ; mais ne se heurterait-on pas en faisant cette réforme à des principes de droit ou à des raisons d'équité. L'omission du législateur de 1855 n'est pas involontaire, il l'a faite sciemment, nous devons donc rapidement examiner les motifs qui l'ont décidé à agir comme il a fait, et voir s'ils sont vraiment fondés, s'ils ont assez de force pour empêcher l'exécution d'une réforme qui serait favorable au crédit foncier.

La commission chargée par le ministre de la justice en 1849 d'élaborer le projet de loi de la réforme hypothécaire appliquait aux testaments la formalité de la transcription, quant aux successions *ab intestat* le projet de loi ne les soumettait pas à la transcription mais il était pris certaines mesures pour les rendre publiques.

« La conviction, disait M. Persil dans son rapport sur « la question, que sans la publicité de toutes les mutations, « de tous les établissements de propriétés immobilières, « de quelque source qu'ils vinssent, il n'y avait pas à « compter sur le complet développement du crédit nous « aurait amenés à étendre l'obligation de la transcription « jusqu'aux successions *ab intestat*, si cela avait été pos- « sible ; mais le premier élément de cette formalité nous « manquait ; nous n'avions pas d'acte à soumettre à la trans- « cription comme pour les successions testamentaires... « Mais nous avons voulu commencer à ouvrir la voie d'u- « ne universelle publicité en imposant aux receveurs de

« l'enregistrement à qui les déclarations *ab intestat* doi-
« vent être faites, dans les six mois du décès, l'obligation
« de donner immédiatement connaissance aux conserva-
« teurs dans le ressort desquels étaient situés les immeu-
« bles dépendants de la succession, de la mutation qui
« venait de s'opérer, afin qu'il put en être fait mention
« sur les registres des transcriptions. »

Enfin les actes déclaratifs d'après le projet de loi proposé à l'Assemblée nationale en 1850 étaient, eux aussi, soumis à la transcription.

La commission chargée d'examiner le projet de loi rejeta la nécessité de la transcription pour les transmissions par testament et pour les actes déclaratifs et les mesures proposées pour rendre publique la transmission par succession *ab intestat*.

L'héritage *ab intestat* ne devait point être soumis à la publicité, a pensé la commission (Voir le rapport de M. De Belleyme en 1850) « parce que l'héritier continue la per-
« sonne du défunt et parce que son droit s'établit publi-
« quement en vertu de la loi et des actes de l'état civil. »
L'Assemblée nationale partagea cette opinion.

Quant à l'héritage testamentaire, la commission fut également d'avis de ne point l'assujettir à la formalité de la transcription : le légataire, dit-on souvent, ne connaît pas l'ouverture de l'hérédité ; si l'on soumettait à la nécessité de la transcription l'existence de son droit, rien n'empêcherait que l'héritier ne lui laissât ignorer l'ouverture de la succession et ne vendit à son détriment les immeubles qui lui étaient légués. Il y aurait donc une injustice à imposer au légataire une formalité qu'il ne dépen-

drait pas de lui d'accomplir et que l'héritier aurait intérêt à l'empêcher d'accomplir. Ce serait de plus altérer la faculté de tester ; la validité d'un testament ne dépendrait plus de la seule volonté du législateur.

Ces arguments qui ont frappé le législateur de 1855 nous semblent rien moins que décisifs : il suffit en effet que le testateur dépose son testament chez un notaire pour que la première objection tombe ; quant à la seconde, elle n'a qu'une valeur purement théorique ; en pratique la faculté de tester est limitée par de nombreuses formalités matérielles ; il n'y aurait donc rien d'injuste à exiger une formalité de plus, surtout si cette formalité devait être profitable au crédit foncier.

La loi de 1855 laisse d'ailleurs la place aux injustices, le droit du légataire n'étant pas public, l'héritier peut facilement, vendre frauduleusement à un tiers l'immeuble laissé au légataire ; le légataire revendique son immeuble et triomphe ; l'acheteur de bonne foi est donc victime.

Nous ne trouvons donc aucun argument suffisant pour laisser occultes les transmissions testamentaires ; bien au contraire la sécurité des tiers et les nécessités du crédit exigent que ces transmissions soient rendues publiques.

La question de savoir si les actes déclaratifs devaient être trancrits fut également discutée par la commission et résolue par la négative : « On ne doit soumettre à la né-
« cessité de la transcription, disait Vatimesnil dans son
« rapport, que les actes qui opèrent une transmission de
« propriété. Or le partage n'opère pas de transmission ; il
« n'est que déclaratif... » « Que si ce caractère, dit de Belley-
« me, est une fiction de la loi, cette fiction n'en est pas

« moins la base des règles et des effets du partage et que la « changer serait porter le trouble dans les dispositions du « code Napoléon. »

Ces arguments n'ont point grande portée, ils démontrent simplement que la commission n'a point aperçu l'intérêt qu'il y avait au point de vue de la publicité, à exiger que toutes les mutations de la propriété fussent rendues publiques. La commission ne dit point qu'il y aurait des inconvénients à exiger la transcription des actes déclaratifs de propriété ; elle se contente de dire qu'elle ne voit point d'avantage à le faire.

Tous les motifs qui ont décidé la commission chargée d'examiner le projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire et l'assemblée nationale à exclure de la loi de 1855 les transmissions *ab intestat* et testamentaires, ainsi que les actes purement déclaratifs sont donc insuffisants et il y a lieu, dans l'intérêt du crédit foncier d'exiger la publicité de toutes les transmissions de propriété.

Avantages et inconvénients du principe germanique. Nous avons indiqué les différences qui séparaient ces deux principes, examinons leurs avantages et leurs inconvénients réciproques.

1er *Avantage*. Au point de vue de la publicité, le système de la légalité est certainement supérieur au nôtre.

Nous ne parlons ici que du mécanisme de cette publicité.

Chaque immeuble d'une circonscription a un feuillet spécial où tout ce qui le concerne est inscrit. Sur ce feuillet il est désigné de manière à ce qu'il ne soit pas

possible de se tromper sur l'immeuble dont il s'agit, et tous les droits qui peuvent l'atteindre sont marqués. Ces feuillets, le public peut les consulter. Le registre foncier est mis à la disposition de ceux qui le demandent. Vous voulez savoir quelle est la situation juridique de tel immeuble sur lequel on vous offre une hypothèque, vous n'avez qu'à regarder le feuillet consacré à cet immeuble et tous les renseignements qui peuvent vous intéresser s'y trouvent condensés.

Quelle différence avec le système français?

En France il existe deux sortes de registres : 1° le répertoire où l'on inscrit ou transcrit les actes au fur et à mesure qu'ils se présentent ; 2° le registre des formalités où sont portés par extraits, au fur et à mesure des actes, sous le nom du grevé les inscriptions à sa charge, les transcriptions, les radiations et autres actes qui les concernent ainsi que l'indication des registres où chacun des actes est porté et les numéros sous lesquels ils sont consignés (art. 16 et 18, loi 21 ventôse an VII).

Et comment le public peut-il consulter ces registres? par l'intermédiaire du conservateur qui délivrera soit une copie des actes transcrits ou des inscriptions existantes, soit un certificat qu'il n'en existe aucune (art. 2200 CC).

Ainsi je veux savoir si Durand est propriétaire de tel immeuble ; je m'adresse au conservateur ; il fouille dans son répertoire. Tout d'abord si l'immeuble a été transmis par décès il ne trouvera rien : mais je suppose une transmission entre vifs : le conservateur trouvera probablement beaucoup de « Durand » ; d'où confusion possible :

mais j'admets encore qu'il ne fasse point d'erreur ; que m'envoie-t-il ? une copie de l'acte de vente qui a rendu Durand propriétaire ! Il faudra que j'aille démêler moi-même, au milieu d'une multitude d'expressions qui embrouillent ceux qui n'y sont point habitués, dans un factum souvent très étendu les quelques paragraphes qui peuvent m'intéresser.

Je veux savoir quelles hypothèques grèvent un immeuble. Le conservateur devra chercher au nom du propriétaire et se reporter successivement à chacune des inscriptions signalées au répertoire.

Il ne faut pas hésiter à reconnaître que les législations étrangères ont une grande supériorité sur la nôtre au point de vue de la publicité.

— La réforme est du reste très simple à opérer et sans même toucher aux principes de nos lois on peut la faire ; il suffit de substituer à la publicité personnelle du régime français la publicité réelle, c'est-à-dire grouper tous les renseignements concernant les immeubles autour du nom de chaque immeuble au lieu de les grouper autour du nom de chaque propriétaire ; réforme principale que l'on compléterait en supprimant la transcription pour la remplacer par l'inscription des actes de mutation de la propriété.

Cette idée de grouper en un lieu central tout ce qui peut éclairer les tiers sur la situation d'un emprunteur a déjà séduit plusieurs réformateurs français. Nous n'entrerons pas dans le détail des propositions de Decourdemanche, de Loreau, d'Hébert. Ces systèmes que l'on désigne sous le nom de systèmes d'immatricule demandaient l'établissement d'un registre où chaque proprié-

taire d'immeubles aurait sa case, où l'on trouverait indiqués tous les faits qui pourraient servir à déterminer le degré de crédit qu'il mérite.

Il y avait là une excellente intention, mais une exécution qui paraît bien primitive en présence du système du régistre foncier.

2e *Avantage.* Au point de vue de la sécurité des tiers le principe germanique a également le pas sur le principe français.

Celui qui est inscrit est propriétaire vous pouvez donc traiter avec lui en toute confiance, le droit qu'il vous concède ne sera certainement pas annulé.

D'après la loi de 1855 au contraire rien ne m'assure que celui avec lequel je traite est véritablement propriétaire ; il est possible qu'une revendication vienne faire tomber le droit de celui qui est inscrit et alors que deviendra l'hypothèque qu'il m'a concédée? elle tombera également.

— Sans doute, dit-on le principe germanique est très pratique mais il est souverainement injuste.

Il n'oblige plus au respect de la parole donnée, il encourage la fraude. Il ne suffira plus que deux personnes aient consenti, l'une à acquérir, l'autre à aliéner pour que la propriété soit transmise ; le principe équitable du respect des conventions est violé. « Malheur à la nation qui « pour seconder des vues de commerce et d'industrie « commencerait par violer dans les lois ce que la bonne « foi, ce que le droit de propriété auraient de plus sa- « cré » (1); et Tronchet s'écrie : « Il faut bien se gar-

1. Fenet. *Trav. prép.* XV, 238.

« der d'accoutumer les citoyens à une défiance et à des « précautions qui changeraient le principe des conven- « tions entre les hommes. »

Il encourage la fraude : celui qui frauduleusement ou par une erreur sera inscrit sur le registre sera valablement propriétaire, il pourra agir en propriétaire, vendre, concéder des hypothèques etc., tant pis pour celui qui serait spolié.

Nous ne méconnaissons point la portée de ces reproches il est certain qu'au point de vue philosophique le principe français est le meilleur que des cas de spoliation regrettables peuvent se produire avec le système de la légalité.

Mais il faut bien se garder de rien exagérer.

— Nous reconnaissons qu'une législation ne doit point afficher un principe qui serait injuste ; mais lorsque la théorie et la pratique sont absolument incompatibles l'une avec l'autre, il faut de toute nécessité, faire plier l'une aux besoins de l'autre.

Faire respecter les conventions d'une façon absolue, protéger la partie de bonne foi contre la partie de mauvaise foi, celle qui respecte sa parole contre celle qui viole la sienne, telle est certainement le but que doit chercher à atteindre le législateur. Mais en pratique est-il possible d'arriver à ce résultat? Non. Tant que la convention ne sera pas constatée par un signe matériel, la loi ne peut pas intervenir pour la faire exécuter. Deux personnes s'entendent l'une pour acheter, l'autre pour vendre ; l'une des deux se dédit ; s'il n'existe pas de preuve de l'accord des volontés que pourra-t-on faire ? et cependant dans ce cas il est manifeste que l'équité sera violée.

On ne peut donc pas reprocher à une loi de ne pas faire respecter d'une manière complète un principe philosophique abstrait.

Ce qu'on doit lui demander c'est de protéger les justes intérêts de ceux qui ont des droits légitimes. Et c'est là le plus grave reproche de ceux qu'on ait faits aux lois germaniques ; elles permettent qu'un légitime propriétaire soit spolié.

Cela est vrai : mais il faut encore bien en rabattre.

— Tout d'abord avons-nous bien le droit d'être très exigeants à l'égard des lois étrangères. La loi de 1855 n'empêche pas la fraude. Un propriétaire peut très bien vendre son immeuble à un premier acheteur, puis à un second ; l'un des deux sera spolié : celui des deux qui le premier aura fait transcrire sera propriétaire ; l'autre n'aura qu'un recours en dommages intérêts.

Ensuite nous pouvons dire que les cas de spolation sont en fait excessivement rares (1). Les précautions dont on entoure les inscriptions rendent les fraudes et les erreurs presque impossibles.

Enfin si par malheur il en survient un, le propriétaire spolié aura un recours que certaines législations font très large et absolument certain.

Nous pouvons ajouter qu'il est possible de trouver un moyen terme entre le principe absolu de la légalité et le principe français en imitant la loi Autrichienne.

Un second reproche est fait au système germanique :

1. De 1862 à 1871 la colonie de Victoria n'a eu à rembourser que 11600 fr. et elle avait en caisse 1.000.000 (Gide, act Torrens 17, n 1).

on dit : c'est du formalisme ! « C'est vrai, répond, M. « Charles Gide, faire dépendre l'existence du droit le plus « considérable, la propriété d'un domaine, de quelques « lignes d'écriture, d'un nom mis à la place d'un autre, « c'est du formalisme à coup sûr et du plus étroit. Mais « si ce formalisme paraît le meilleur moyen de garantir « le droit des tiers et de permettre aux propriétaires eux-« mêmes de tirer le meilleur parti de leur chose, il ne « faut pas se laisser effrayer par un mot (2). »

C'est du formalisme, cela est vrai, mais, si grâce à ce procédé on arrive à rendre la propriété absolument certaine, à lui donner du crédit, à faciliter sa transmission, le résultat qu'on obtiendra ne mérite-t-il pas qu'on soit formaliste ?

L'on peut dire encore : il est contraire au génie de notre législation de faire dépendre la propriété, l'existence d'un droit d'une sorte d'investiture. En Allemagne, en Australie, en Autriche on reconnaît à l'Etat une sorte de domaine éminent sur les terres, on admet qu'il est intéressé aux transmissions de la propriété foncière ; mais en France admettra-t-on jamais que l'Etat puisse s'immiscer dans des actes absolument privés ?

Cette objection n'a pas grande portée ; l'idée disparaît derrière le fait : sans reconnaître aucun domaine éminent à l'État, on peut très bien demander l'établissement d'une formalité qui doit donner de la sécurité aux tiers et, par conséquent, du crédit aux propriétaires.

Enfin, une dernière objection : le système de la légalité n'est pas praticable en France. Il faudrait commencer par

2. Ch. Gide act Torrens 42.



une révision du cadastre et un bornage de toutes les propriétés, ce qui serait long, coûteux et difficile. Ceci fait on rencontrerait un nouvel obstacle qui est le morcellement excessif et toujours augmentant par suite des lois successorales, du sol français. S'il faut établir un feuillet pour chaque terrain, changer les feuillets à chaque mutation de propriété, à chaque partage, on aura un un travail inextricable.

Il y aura certainement là une difficulté matérielle assez considérable. Nous ne sommes pas compétents pour résoudre cette question purement technique; mais nous pouvons faire observer : 1° que la dernière objection avait déjà été faite lorsqu'il s'est agi de créer la loi de 1855, ce qui n'empêche point cette loi de fonctionner sans grandes difficultés ; 2° que l'on pourrait n'introduire la réforme que progressivement, en commençant par rendre la loi facultative.

3e *avantage.* — Le principe germanique facilite la transmission de la propriété.

Il faut bien comprendre ce point sur lequel beaucoup d'idées inexactes ont été émises. Plusieurs aueurs ont fait une erreur en parlant de l'act Torrens.

Nous savons que le propriétaire d'un immeuble immatriculé a entre les mains un certificat de titre qui est la copie du registre matrice et qu'il doit représenter au *registrar général* quand il veut hypothéquer ou vendre son immeuble.

Des auteurs ont écrit que ce certificat de titre représentait l'immeuble et que pour vendre l'immeuble il suffisait de transférer le certificat à l'acheteur. Partis de là ils ti-

rent de leur idée toutes ses conséquences. « Si un objet « peut circuler facilement, un cours s'établit entre les « nombreux vendeurs et acheteurs qui l'échangent et s'il « n'y a point d'*impedimenta*... on peut dire que sa valeur « a été exactement fixée par la loi de l'offre et de la de- « mande... On achéterait une terre, une maison, comme « on achète un titre de rentes, une obligation ou une ac- « tion. On achèterait sans hésiter car on serait sûr de « pouvoir réaliser quand on voudrait et qu'on n'aurait « aucune inquiétude au point de vue des risques. Il y au- « rait donc immédiatement et par conséquent une aug- « mentation de valeur pour elle » (Yves Guyot. *Journal des économistes*, 1882, p. 13).

Ces raisonnements sont parfaitement judicieux et rien n'empêcherait que l'on ne créât un titre de propriété pouvant se transmettre par simple endossement ; mais il ne faut pas faire dire aux législations ce qu'elle ne disent pas. Le certificat de titre ne passe pas de main en main ; à chaque mutation de propriété il rentre au bureau du conservateur qui l'annule et qui en crée un autre. C'est donc un nouveau titre qui est délivré à l'acquéreur et non pas le même.

Ce n'est donc point en ce sens que les législations germaniques sont favorables aux transmissions de la propriété foncière. Si elles facilitent la circulation des immeubles c'est qu'elles rendent les acquisitions plus sûres et plus économiques.

Plus sûres, par suite de la foi due au registre.

Plus économiques, car vous n'avez point à faire toutes ces démarches coûteuses dans le but de vérifier les titres

de propriété; les frais de purge sont moins considérables.

Le véritable type de la législation économique est l'act Torrens; grâce à ses formules imprimées qui dispensent de l'intervention d'un conseil dont les soins sont coûteux, grâce à la simplicité du mécanisme du système qui exige peu d'employés et par conséquent peu de frais, toutes les opérations seront faites au meilleur marché possible.

Nous pouvons nous résumer: grâce à l'ingénieux mécanisme du registre foncier, les législations germaniques assurent la publicité de la situation juridique des immeubles, grâce au principe de la légalité, elles donnent une entière sécurité aux tiers, enfin par ces deux résultats elles donnent confiance aux acquéreurs et par suite facilitent la circulation des immeubles. Au point de vue du développement du crédit foncier, il n'y a donc point de doute que le système de la légalité ne soit bien supérieur au système de la loi de 1855.

Au point de vue philosophique au contraire la loi de 1855 semble préférable, mais nous nous sommes efforcé de disculper le système de la légalité des accusations qu'on portait contre lui et nous avons montré qu'en fait il faisait respecter l'équité aussi bien que la loi de 1855.

Nous pouvons donc conclure qu'il serait utile d'introduire en France le principe de la nécessité de l'inscription pour la validité des transmissions de la propriété immobilière.

Que si une pareille mesure effraye; que l'on garde dans nos lois le principe de justice qui y est inscrit mais qu'on réforme au moins nos registres des conservateurs et leur

mode de publicité et qu'on emprunte au système germanique son registre foncier.

II. — *Publicité des droits réels.*

Notre tâche n'est pas finie.

En consultant le registre foncier le prêteur saura quelle est la situation juridique de l'immeuble qu'on lui offre comme garantie de remboursement, mais à une condition pourtant : c'est que les droits et les charges qui grèvent l'immeuble soient tous inscrits et déterminés. Si l'on admet des droits occultes et indéterminés il est évidemment impossible d'établir le bilan d'un immeuble. Il faudra donc établir cette règle que tous les droits qui peuvent modifier la valeur d'un immeuble devront être inscrits et ne vaudront que pour la somme pour laquelle ils seront portés.

1° *Hypothèques.* Ici se présente la grosse difficulté des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. D'après le Code ces hypothèques sont à la fois dispensées d'inscription et indéterminées. Or si l'on réfléchit que les immeubles qui peuvent être grevés de ces hypothèques sont ceux qui appartiennent à un mari ou à un tuteur, et que le nombre des maris et des tuteurs en France est considérable, on s'expliquera qu'il reste peu de place pour le crédit des immeubles.

D'un autre côté peut-on refuser ces garanties à la femme, au mineur, à l'interdit ? ne méritent-il pas la protection de la loi ?

En un mot, ceux intérêts se trouvent en présence, l'intérêt de ceux que la loi doit protéger, et l'intérêt de l'emprunteur.

La difficulté n'échappa point au législateur du Code : « C'est après une longue et sérieuse discussion que l'on « adopta le parti de mettre de côté la régle rigoureuse de « la publicité. Il parut au Conseil d'État que l'intérêt des « femmes, mineurs et interdits, personnes incapables de se « défendre et soumises à l'irrésistible empire d'une influ- « ence dangereuse devait l'emporter sur l'intérêt des tiers « et nécessitait une dérogation aux principes les plus fon- « damentaux du régime hypothécaire (1). »

Aujourd'hui les opinions sont retournées et tout le monde condamne l'hypothèque occulte,

Dès 1841 la Faculté de droit de Paris disait : (2) « Au- « jourd'hui, tout le monde convient que la clandestinité « des hypothèques offre de très graves inconvénients pour « les autres créanciers hypothécaires auxquels le verita- « ble crédit immobilier de leur débiteur ne peut jamais « être parfaitement connu. Ces créanciers peuvent souvent « ignorer que le propriétaire d'immeubles avec lequel ils « traitent a été mari ou tuteur ; ils peuvent ignorer la « quotité des droits pour sûreté desquels la femme, le « mineur ou l'interdit ont une hypothèque. »

Il ne reste qu'à trouver un moyen d'assurer une protection aux incapables sans toutefois autoriser la clandestinité de leur droit d'hypothèque. Il sort du cadre de cette

1. *Docum. relat. à la réf. hyp.* II. 443.
2. id.
3. id.

étude de rechercher quel est ce moyen ; qu'il nous suffise de constater qu'il est possible d'imaginer un système de protection pour le mineur et la femme mariée qui ne consiste pas dans une hypothèque générale et occulte. En 1841 la faculté de droit de Paris proposait la mesure suivante : « les maris et les tuteurs seront admis suivant les circons-« tances à présenter au lieu d'hypothèques sur leurs « immeubles des garanties d'une autre nature, par exem-« ple, une caution, ou à faire le placement des sommes « dont il sont comptables. Les tuteurs pourront même être « astreints suivant les cas à fournir une ou plusieurs de « ces diverses garanties. Enfin la même nécessité pourra « être imposée pendant le mariage au mari. »

Les législations qui adoptent le principe de la légalité n'accordent point en général d'hypothèque à la femme mariée etc... la loi Prussienne, Autrichienne, l'act Torrens ne parlent point d'hypothèque légale de la femme mariée ni au mineur et à l'interdit. Libre à eux de prendre leurs précautions et de stipuler d'avance des hypothèques qu'ils font inscrire.

La ville de Brême, au contraire, accorde aux mineurs un gage sur tous les meubles et immeubles du tuteur, mais ce gage ne peut nuire aux *handfesten* car il ne vient qu'après elles sur les immeubles. La femme mariée peut se faire concéder des *handfesten* par son mari.

La loi Tunisienne cherche à trancher la difficulté : accorder à la femme, aux mineurs et interdits la protection la plus étendue sans pour cela porter au crédit foncier une atteinte mortelle.

Art 239. — L'hypothèque forcée est celle qui est acqui-

« se en vertu d'une décision de justice sans le consente-
« ment du débiteur et dans les cas ci-après déterminés :
« 1° aux mineurs et aux interdits sur les immeubles des
« tuteurs et de leurs cautions 2° à la femme sur les im-
« meubles de son mari pour sa dot, ses droits matrimo-
« niaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est
« tenue et le remploi du prix de ses biens aliénés.

« Art. 240. — Le conseil de famille quand s'ouvre la
« tutelle fixe contradictoirement avec le tuteur pour
« quelle somme le mineur aura hypothèque et sur quels
« immeubles cette hypothèque portera et inscription est
« prise. » Pour la femme l'étendue de l'hypothèque sera fixée par convention matrimoniale ou dans la suite par jugement.

Cette protection des incapables est-elle efficace ? Sans doute on ne peut pas prévoir au commencement d'un mariage, d'une tutelle ce qui peut se passer dans dix, dans vingt ans ; sans doute aussi l'on est enclin à accorder une entière confiance à celui auquel on confie l'administration de sa fortune ; mais le notaire qui rédige le contrat de mariage, le juge de paix qui préside le conseil de famille ne sont-ils pas là pour donner les conseils utiles ?

Enfin plusieurs législations européennes se contentent de soumettre les hypothèques légales au régime commun.

La loi Belge veut que l'hypothèque de la femme mariée soit spéciale et publique (Voir Laurent XXXI. p. 457) ; la loi Italienne également ?

Nous ne pouvons pas, encore une fois, entrer dans les détails d'une question qui nous entraînerait très loin de

notre sujet, mais nous croyons pouvoir affirmer qne l'hypothèque légale occulte n'est pas le seul moyen de protéger les incapables.

Il faut donc rayer de notre législation l'hypothèque clandestine.

Le législateur de 1852 a bien compris d'ailleurs que c'était à cette seule condition qu'il pourrait créer le crédit foncier. Aussi, le décret de 1852 qui organise les sociétés de crédit foncier a-t-il créé en faveur de ces sociétés une purge spéciale qui leur permet de faire paraître les hypothèques occultes. Nous parlerons brièvement de cette purge quand nous étudierons les sociétés de crédit foncier.

2° Autres droits qu'il sera utile d'inscrire. Quels sont les droits qu'il sera utile d'inscrire ?

Ce sont tous ceux qui peuvent modifier la valeur de la propriété ; non pas seulement les droits réels, mais aussi les autres droits tels que le bail et les restrictions à ces droits.

Sur ce point d'ailleurs nous n'avons point de développements à donner. La loi de 1855 nous semble très complète.

Le reproche qu'on peut lui adresser c'est d'avoir exigé la transcription des actes constitutifs de droits au lieu de l'inscription de ces droits ; mais il faut reconnaître que ce qui est un inconvénient sous un certain rapport est un avantage sous un autre ; car l'intéressé peut à la lecture de l'acte se rendre compte de toutes les clauses qu'il contient.

La réforme fondamentale qu'il faut apporter à notre

législation si l'on veut donner du crédit aux immeubles consistera donc à rendre publique la situation juridique des immeubles. C'est cette première mesure qui est la base de tout l'édifice, sans publicité point de crédit ; il faut le dire et le répéter car c'est justement là ce qui n'a point été aperçu par la plupart des auteurs de projets de mobilisation du sol.

Presque tous, en effet, ont cherché d'autres moyens d'inspirer confiance aux prêteurs ; ces moyens qu'ils proposent sont l'expertise ou la garantie d'un tiers dont la solvabilité ne serait pas mise en doute, l'Etat, par exemple, ou une grande société financière.

L'expertise et la garantie d'un tiers sont certainement d'excellents auxiliaires, mais seuls ils sont insuffisants.

L'expertise, en effet, est incapable d'assigner à un immeuble la valeur qu'il a, pour cette raison toute simple que la valeur est une chose essentiellement changeante ; d'ailleurs un expert sera impuissant aussi bien que le premier venu à établir la valeur d'un immeuble s'il ne sait pas quelles sont les charges qui le grèvent. Il faudra donc indiquer à l'expert la situation juridique de la propriété foncière pour qu'il puisse donner son estimation.

Quant à la garantie d'un tiers, nous dirons la même chose, c'est que, pour que sa garantie soit sérieuse, il faut qu'il puisse savoir jusqu'à quel point il doit accorder sa garantie. Une garantie qui serait aveugle n'inspirerait certainement aucune confiance.

Cela est si vrai que lorsque le législateur autorisa en 1852 les sociétés de crédit foncier il mit à leur disposition une législation privilégiée qui leur permettait de faire apparaître les droits qui pourraient modifier la valeur des immeubles.

CHAPITRE III

MOBILISATION DU TITRE HYPOTHÉCAIRE

Voilà le crédit foncier créé : la situation juridique des immeubles est connue, l'hypothèque est devenue une garantie solide, le capitaliste consent à prêter au propriétaire foncier.

La réforme est-elle complète? Non le crédit foncier est né, mais il a encore une infériorité sur les concurrents le crédit du commerçant, de l'industriel, de l'état: l'instrument qu'il a entre les mains est insuffisant.

« Il est acquis, dit M. Beudant (V D 78, 1, 241 note sous « l'arrêt *in fine*) que faciliter la cession des titres hypothé« caires c'est donner aux créanciers un moyen plus rapide de « rentrer dans les capitaux avancés, c'est mutiplier par là « même le nombre des prêteurs et par suite donner plus « d'étendue au crédit. »

Les valeurs mobilières s'achètent et se vendent facilement et à peu de frais: Vous avez un capital disponible, vous achetez à la bourse des actions, des obligations, des titres de rente : le lendemain vous avez besoin de votre argent, vous revendez ce que vous avez acheté la veille. Les deux opérations se font par un endossement, par un transfert ou par une remise de la main à la main.

L'hypothèque au contraire se crée et circule difficile-

ment : Vous avez de l'argent à placer ; préterez-vous sur hypothèque ? non : il faudrait, après avoir trouvé un emprunteur, faire rédiger une convention d'hypothèque en forme authentique par deux notaires ou un notaire assisté de deux témoins ce qui est long et coûteux ; puis une fois en possession du titre hypothécaire si vous avez besoin de votre argent, si vous voulez porter vos capitaux autre part, que ferez-vous ?

Si l'on veut s'en tenir strictement aux texte du code et à l'esprit du législateur, il n'y a qu'une seule chose qu'on puisse faire c'est céder sa créance avec l'hypothèque qui la garantit conformément à l'art. 1690. « Le cession-« naire, dit cet article, n'est saisi à l'égard de tiers que « par la signification du transport faite au débiteur. Néan-« moins le cessionnaire peut également être saisi par l'ac-« ceptation du transport faite par le débiteur dans un acte « authentique. »

Le porteur d'un titre hypothécaire qui a besoin d'argent, devra donc, si l'on s'en tient au Code Civil, céder sa créance et pour cela faire une signification au débiteur cédé, ou recevoir de lui une acceptation authentique de la cession.

— La pratique heureusement est venue corriger la rigueur de cette législation et a fait admettre sur la cession de créance une théorie qui n'est peut-être pas conforme à l'esprit de la législation, qui n'a certainement pas été prévue par le code mais qui répondant à de légitimes exigences, et ne rencontrant aucun texte formel qui lui soit opposable a été acceptée par la doctrine et la jurisprudence.

On admet : 1° qu'une créance civile même en la forme authentique peut être rédigée à ordre et par conséquent se transmettre par un simple endossement ; 2° qu'une hypothéque jointe à une créance rédigée à ordre se transmet avec la créance par endossement ; 3° qu'un titre hypothécaire notarié peut être rédigé en brevet.

1° une créance civile même en la forme authentique peut être rédigée à ordre. (Cass. 8 mai 1878. D. 78, 1, 241.)

Cette doctrine a rencontré une grande résistance ; pendant longtemps on a soutenu que l'art. 1690 était la règle absolue pour les créances civiles, que la clause à ordre n'était admise que dans le droit commercial : On recourait à l'historique. Autrefois toutes les créances aussi bien civiles que commerciales se transmettaient d'après les principes consacrés aujourd'hui par l'article 1690. Une signification au débiteur cédé était nécessaire pour que la cession lui fut opposable. Au xviie siècles une dérogation à cette règle générale fut apportée en faveur des créances commerciales, mais de celles-là seulement ; ces créances furent désormais susceptibles de la clause à ordre ; le code, dit-on, a continué cette doctrine rien n'a utorise à croire qu'il l'ait abandonnée.

La réponse à ces arguments est très ingénieuse (1). « Il « faut bien remarquer dit M. Beudant que l'introduction « de l'ordre dans la pratique au xviie siècle fut moins une « innovation qu'une manière particulière et ingénieuse « d'appliquer le droit commun. Le jour où l'on admit que

1. Voir la note de M. Beudant sous l'arrêt de Cass. 8 mai 1878. D. 78, 1, 241.)

« l'acceptation du débiteur équivalait à la signification « qui était antérieurement d'usage, on devait être « conduit à se demander à quel moment l'acceptation « pourrait être faite ; et puisque rien ne limitait le temps « d'accomplissement de la formalité il était inévitable « qu'on décidât qu'elle pouvait être remplie par anticipa- « tion tout aussi bien qu'après la cession. Or l'ordre n'est « pas autre chose, de la part du débiteur, que l'accepta- « tion anticipée des cessions que le bénéficiaire fera de la « créance. »

Le débiteur peut accepter la cession qui a été faite de la créance que le cédant a contre lui, pourquoi ne pourrait-il pas donner d'avance son acceptation à intervenir ? Autrement dit : la signification était exigée primitivement par la loi en faveur du débiteur ; la loi a permis ensuite que le débiteur relève le cédant de la nécessité de la signification, en acceptant la cession ; la loi a enfin en autorisant la clause à ordre permis au débiteur d'accepter d'avance les cessions. Tel a été le point de vue adopté au XVII[e] siècle, tel est celui qu'a consacré le droit actuel ; il n'y a donc aucune raison pour ne pas appliquer aux créances civiles la clause à ordre.

Les cours d'appel (1) repoussent généralement cette doctrine et adoptent un système bâtard qui peut se résumer ainsi : la clause à ordre pour les créances civiles est licite, mais l'endossement ne vaut qu'entre les parties ; à l'égard des tiers la cession ne sera valable que si les for-

1. Lyon, 22 mars 1830. Jur. gén. V. Saisie, arrêt n° 445. 2° ; Grenoble 7 févr. 1835. jur. gén. *Effets de com.* n° 377. ; Limoges, 27 nov. 1845. D. C. 47, 2, 37. ; Caen, 14 juillet 1876. D. 78, 2, 133.

malités de l'art. 1690 sont remplies. La clause à ordre ne produit ses conséquences que lorsqu'elle est attachée à une créance commerciale.

Cette opinion ne semble point admissible. « On se « méprend gravement, dit Bravard Veyrières (traité de « droit commercial 3 p. 141), quand on veut rattacher la « faculté de céder un titre par endossement à la nature « civile ou commerciale de ce titre... Sa cause véritable « et sa seule cause c'est la clause à ordre. » Les faits le prouvent : un billet à ordre qui ne porte que des signatures de nos commerçants et n'ayant pas pour occasion des opérations de commerce est purement civil (art. 636 C. Com.) et cependant il est transmissible par endossement (art. 187 C.com.), à l'inverse, une créance commerciale, non rédigée à ordre, n'est point transmissible par endossement.

Nous devons donc rejeter l'opinion des cours d'appel et dire avec la Cour de Cassation qu'une créance civile peut être redigée à ordre et qu'en ce cas elle est transmise par un simple endossement.

Les parties ayant le droit incontestable de donner l'authenticité à leur convention quand il leur plaît, la créance civile, qu'elle soit ou non rédigée en la forme authentique, est susceptible de la clause à ordre (Jur. gén. D. v. *effets de comm.* 38).

2° Une hypothèque jointe à une créance rédigée à ordre se transmet par un simple endossement.

C'est l'application de la règle : l'accessoire suit le principal : « Considérant qu'en droit la cession de la créance en « comprend les accessoires (art. 1692 C. Civ.), qu'aux « termes de l'article 136 C. Com. la propriété des billets

« à ordre se transmet par la voie de l'endossement et « que le cessionnaire est saisi de plein droit sans qu'il soit « besoin d'une signification préalable au débiteur cédé.... (Cour de Colmar 30 déc. 1850, Sir. 54, 2,487. Voir également Cass. 10 août 1831. Sir. 31, 1, 371. 21 février 1838. Sir. 38, 1,208. 11 juillet 1839, Sir. 39,1, 939 Cass. 26 déc. 1871. D. 72, 1, 319 Aubry et Rau III 460.) La Cour de Cassation s'est toujours décidée en ce sens.

Aucun doute du reste ne peut plus subsister aujourd'hui sur la question depuis la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime. Le législateur reconnaît que « si le titre constitutif de l'hypothèque est rédigé à ordre « sa négociation par voie d'endossement entraîne la « translation du droit hypothécaire (art 12). »

L'objection faite à ce système par ses adversaires (V. Cabantous note sous l'arrêt Cas. 21 févr. 1838. Sir. 38,1 211) est que la loi veut que le porteur d'une hypothèque, ait dans l'arrondissement où sont situés les immeubles hypothéqués (article 2152) un domicile d'élection où doivent être faites les notifications prescrites par la loi en cas de purge (art. 2183 Code Civ.) ou de saisie (art. 692 C. pr.). Si l'hypothèque se transmet par endossement cette prescription de la loi ne peut pas être observée.

Cette objection n'a point grande portée car la prescription de la loi est faite en faveur du créancier hypothécaire. Or chacun peut renoncer au bénéfice de la loi : La convention des parties doit donc être respectée.

Une autre objection était faite : l'hypothèque est insusceptible de la transmission par endossement, mode

exclusivement créé, pour les droits personnels : la loi sur l'hypothèque maritime répond à cet argument.

En pratique, la question n'est plus débattue et la jurisprudence admet toujours que la cession de la créance entraîne cession de l'hypothèque (Voir les arrêts cités plus haut. Voir également arrêt de la Cour d'Alger, 7 mai 1870. D. 1871, 2, 1).

3° Un acte portant constitution d'hypothèque peut être rédigé en brevet. Cette solution, conforme à une pratique assez répandue a été adoptée par la Cour d'Alger dans un arrêt rendu le 7 mai 1870. D. 71, 2, 1) (1).

Voici les motifs sur lesquels s'appuie cet arrêt :

1° Le mode de constitution de l'hypothèque est réglementé par l'art. 2127 Civ. et ce texte exige simplement un acte authentique passé devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins ; un acte rédigé en brevet est, aussi bien qu'un acte rédigé en minute, un acte authentique ; l'art 2127 ne spécifiant pas que l'acte doit être rédigé en minute il faut conclure qu'il peut être rédigé en brevet. Cet argument invoqué par la Cour d'Alger n'a, à notre avis, aucune valeur, car si on l'admettait il faudrait dire qu'un contrat de mariage peut être rédigé en brevet, l'art. 1394 ne spécifiant pas qu'il doit être rédigé en minute; or, cela n'est pas admissible.

2° L'art. 2148 C. Civ, qui règle la manière dont l'inscription d'hypothèque doit être faite s'exprime ainsi : « Pour opérer l'inscription le créancier représente au

1. Voir en ce sens Aubry et Rau, 3, p. 273, en sens contraire Duranton, XIX, p. 357.

« conservateur des hypothèques soit l'original en brevet « soit. — » L'original en brevet suffit donc pour l'inscription de l'hypothèque ; il suffit pour faire constater au conservateur l'existence de l'hypothèque.

3° On peut ajouter un troisième argument tiré de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime. art. 8. « Pour opérer l'inscription, il est présenté au bureau du « receveur des douanes un des originaux du titre consti- « tutif d'hypothèque lequel y reste déposé s'il est sous « seing privé ou reçu en brevet ou une expédition s'il en « existe minute. » Cet article prouve que le législateur admet lorsque l'hypothèque est constatée par un acte authentique que cet acte soit rédigé en brevet ou en minute.

A ces arguments on oppose les articles 20 et 68 de la loi du 25 Ventose an XI. Article 20. « Les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront » article 68.» Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues dans les articles 6... 20.. est nul...»

Ce qui veut dire qu'une hypothèque doit être rédigée en minute à peine de nullité : la régle de l'article 20 est générale : il faudrait un texte formel pour y déroger ; or ce texte il est impossible de le trouver. L'article 2148 ne s'occupe que de l'inscription et non de la constitution de l'hypothèque si la loi avait voulu déroger à l'article 20 elle l'eut dit clairement, non dans l'article 2148 mais, dans l'article 2127.

Ces observations ont certainement une grande valeur, cependant il n'est pas impossible de justifier notre système.

En effet l'article 20 de la loi de ventose admet des exceptions (article 20 *in fine*) « ne sont néanmoins pas compris dans cette disposition les certificats de vie et autres actes simples, qui d'après les lois peuvent être « rédigés en brevet ». Il suffit donc de citer des textes prouvant que la loi autorise la délivrance des hypothèques en brevet : ces textes nous les avons cités (article 2148, art. 8, loi 10 décembre 1874). L'article 20 n'est pas absolu il admet des dérogations, nous nous trouvons dans un de ces cas exceptionnels.

— La jurisprudence admet donc qu'un titre hypothécaire peut être rédigé en brevet et qu'il peut se transmettre par un simple endossement.

Que peut-on exiger de plus? ce titre hypothécaire n'est-il pas mobilisé, le problème de la circulation des titres hypothécaires n'est-il pas résolu ?

Pas encore, le progrès est immense sans doute, mais tout d'abord il n'existe que dans la jurisprudence ; aucun texte de loi ne le consacre d'une façon formelle ; la question est pendante devant les tribunaux et le jugement de demain peut venir détruire le jugement d'hier,

De plus l'amélioration ne s'est produite que dans un sens : la rapidité de la transmission, il y en a un autre non moins intéressant, c'est l'économie de cette transmission. Il ne faut pas oublier que les soins des notaires se paient cher et que les cessions de créance sont frappées d'un droit élevé.

Ce qui est intéressant à constater dans la jurisprudence que nous avons rapportée, c'est la tendance de la pratique

à simplifier les formes des cessions, à rapprocher le droit civil, du droit commercial.

« On reconnaît maintenant, dit M. Beudant (1), que le « temps a autant de prix dans la vie civile que dans la « vie commerciale, que la célérité et l'économie sont cho- « ses bonnes pour tout le monde, qu'il n'y a pas de rai- « son pour en limiter le bénéfice à une classe de per- « sonnes. De plus en plus la pratique civile tend à s'écar- « ter des habitudes lentes et parfois trop circonspectes « du droit commun, elle emprunte à la vie commerciale « ses procédés. »

L'évolution que la jurisprudence a fait subir à la théorie de la cession de créances est une indication très claire donnée au législateur qu'une réforme doit être faite, dans le sens de la mobilisation des titres hypothécaires.

— La jurisprudence (2) admet également qu'une hypothèque peut-être transmise indépendamment de la créance pour la garantie de laquelle elle a été constituée (3) ; elle décide en effet d'une manière constante que la femme mariée peut subroger un tiers à son hypothèque légale sur les biens de son mari.

Nous ne ferons pas ici une étude de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, une des questions des plus épineuses de notre droit car elle ne concerne point la mobilisation du crédit foncier, la circulation du titre

1. Note dans Dalloz, 78, 1, 241.

2. Les tribunaux ont constammeut à juger des points discutés sur la théorie de la subrogation à l'hyp. légale de la femme: la question de la validité des subrogations n'est plus débattue.

3. Bourges, 20 juillet 1832.

hypothécaire. La subrogation à l'hypothèque légale n'est point imaginée dans le but de faciliter la circulation de l'hypothèque, elle a été créée pour remédier aux inconvénients de l'hypothèque légale, générale et occulte, pour empêcher la ruine du crédit des maris.

Mais le principe général admis par la jurisprudence dans le cas spécial de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, ce principe qu'une hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance nous intéresse.

Des auteurs considérables tels que MM. Laurent et Aubry et Rau refusent d'admettre que l'hypothèque puisse faire l'objet d'une cession séparée : « En théorie, dit « M. Laurent, la validité d'une pareille transmission nous « paraît douteuse. Nous ne comprenons pas comment on « peut détacher un droit accessoire que la loi ou la vo- « lonté des parties a créée pour la garantie d'une créan- « ce principale » (Voir également Aubry et Rau, III, § 288 p. 455).

Trois arguments répondent à cette objection générale tirée du caractère accessoire de l'hypothèque (1) : 1° l'hypothèque est un droit pécuniaire et par conséquent ne peut être mis hors du commerce, aucune loi ne prohibant la cession du droit d'hypothèque (2). 2° Qui peut le plus, peut le moins, qui peut céder la créance qui entraînerait l'hypothèque avec elle peut céder l'hypothèque seule (3). 3° L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 met la question hors de doute : « Dans les cas où les femmes

1. XXXI, p. 294.

2-3. Valette *Priv. et priv.* p. 210 et suiv.

« peuvent céder leur hypothèque légale. » (art. 9, loi de 1855) : il existe donc des cas où la femme peut céder son hypothèque : et il est impossible de soutenir que par les mots « céder leur hypothèque » la loi ait entendu dire « céder leur créance hypothécaire. »

Le principe introduit par la jurisprudence est ainsi bien établi et il est admis par de nombreux auteurs (1).

Ces différentes conquêtes de la pratique ne sont pas arrivées encore à faire circuler les titres hypothécaires à les faire entrer en concurrence avec les valeurs mobilières. Il faut l'intervention d'une réforme législative pour régénérer le crédit foncier, pour mobiliser le sol.

— De nombreux, d'innombrables procédés ont été imaginés pour mobiliser le crédit foncier, plusieurs sont pratiqués.

Les uns veulent faire du titre hypothécaire une monnaie, les autres veulent en faire un billet de banque, d'autres une lettre de change, d'autres une obligation.

Mais avant d'entrer dans l'étude de ces différents systèmes il faut répondre un mot aux protestations effarouchées de nombreux auteurs pour lesquels la mobilisation du sol est un épouvantail.

Il n'y a pas longtemps encore celui qui proposait de faciliter la circulation des titres hypothécaires était considéré comme un fou dangereux et le recueil des réponses des cours et facultés à l'enquête de 1841 est rempli de diatribes contre toute tentative de mobilisation.

1. Valette n. 129. 209 et suiv. Troplong *de la transcript.* n. 323 et suiv. Beudant, *Rev. crit.* 1866, 28, p. 30.

— Quelques uns soutiennent que l'emprunt hypothécaire est et doit rester une chose exceptionnelle; le bon propriétaire n'emprunte pas.

D'autres déclarent que la fortune publique en sera ébranlée. « La facilité d'emprunter, dit la cour d'Agen (1), « n'aura pas ordinairement pour objet de favoriser l'a-« griculture, mais bien plutôt pour résultat de livrer les « fortunes territoriales aux chances hasardeuses des spé-« culations et de l'agiotage... Qu'on favorise la circulation « des capitaux... et bientôt nous verrons une foule d'in-« dividus convertir leurs biens à l'avance en papier mon-« naie, disposer de billets tirés sur eux-mêmes comme « d'un simple capital enfermé dans leur caisse, courir à « la ruine avec d'autant plus de facilité que la réalisation « de leur papier en espèces éprouverait moins d'obs-« tacles. »

Sans aucun doute il faudra se garder pour remédier à un mal de tomber dans un autre; il sera nécessaire de distinguer entre les procédés de mobilisation, ceux qui ne sont pas dangereux de ceux qui le sont; mais le raisonnement des adversaires de toute mobilisation nous semble défectueux.

L'hypothèque est dangereuse, disent-ils; en rendant sa création difficile et coûteuse nous écarterons tous ceux qui n'auront pas un besoin absolu d'argent, nous protégerons ainsi contre lui-même le prodigue.

Erreur ! Vous n'empêcherez pas par un tel moyen le prodigue d'hypothéquer ses terres, vous le ruinerez plus

1. *Doc. relat. à la réf. hyp.* I. 506.

vite, voilà tout. Quant au propriétaire, pourquoi l'empêcher d'emprunter des capitaux dont il a besoin ; le crédit est un des agents les plus utiles de la production.

Et alors même que l'emprunt dut être une chose anormale pour le propriétaire est-ce une raison pour le rendre ruineux.

— Une autre objection plus sérieuse est faite. « Cette « belle idée de mobiliser la terre, disait Thiers (1), cette « idée tant répandue, permettez-moi de le dire, est une « absurdité : la terre ne peut pas se mobiliser ; on ne « peut pas faire qu'une créance hypothécaire ait la mobi- « lité d'un effet à quarante cinq jours dans le portefeuille « de la banque. »

Nous convenons que cela est vrai, mais nous ne trouvons pas que ce soit un motif suffisant pour ne pas essayer de perfectionner la création et la transmission de l'hypothèque. Si on arrive à procurer au propriétaire foncier l'argent dont il a besoin à un taux modéré aura-t-on réalisé un progrès, oui ou non ?

Les différents systèmes imaginés pour mobiliser le sol peuvent se ranger en trois catégories ; 1° ceux qui monétisent le titre hypothécaire (papier monnaie, billets hypothécaires) ; 2° ceux qui établissent un intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur (associations de prêteurs ; associations d'emprunteurs) ; 3° ceux qui se contentent de débarrasser l'hypothèque de ses entraves (cédule, bon foncier, handfeste).

1. *Moniteur*, séance 10 octobre, 1848.

1° *Papier monnaie, Billets hypothécaires.*

La première proposition de ce genre fut faite par Law pour l'Ecosse et exposée par lui dans un mémoire au parlement Ecossais : « Considérations sur le numéraire ». On connaît les théories de ce célèbre financier qui au commencement du XVIIIe siècle révolutionna nos finances, qui le premier en France introduisit les notions du crédit, créa une banque et en arrêta le développement par ses excès et ses erreurs ; qui successivement fonda la banque général qui devint banque royale, obtint le monopole du commerce de la Louisiane, de la Chine, du Japon etc..., fut chargé de percevoir les impôts, de faire les paiements publics; qui eut le monopole des tabacs, qui fut nommé contrôleur général des finances, qui en un mot, en janvier 1720 avait la direction de la fortune publique de la France et qui au mois de décembre 1720 faisait une des plus effroyables banqueroutes dont on ait gardé le souvenir.

Law partait de cette idée juste que l'or et l'argent étaient une marchandise, mais il en déduisait cette idée fausse qu'ils étaient une mauvaise monnaie. « La valeur des « effets, disait-il (1), varie par deux causes distinctes : la « plus ou moins grande abondance des produits, et la « plus ou moins grande abondance de la monnaie. De ces « deux choses l'une échappe à l'action de l'homme tan-

1. Voir considérations sur le numéraire. Economistes. Law p. 525.

« dis que l'autre peut être soumise à son empire ; il ne « dépend pas da l'homme que la quantité du blé, du « vin se maintienne toujours en équilibre avec le besoin, « mais il dépend de lui que la somme de monnaie demeu- « re toujours dans un juste rapport avec la demande « pourvu que cette monnaie n'ait pas de valeur intrin- « sèque ». La meilleure monnaie est donc celle qui ne subit aucune variation, or, « comme la monnaie reçoit la « valeur des matières dont elle est faite et que la « valeur de ces matières est incertaine, la monnaie est « incertaine en valeur (1). » Le papier est la meilleure monnaie car il a toutes les qualités du métal et il n'en a pas les inconvénients.

En conséquence Law propose l'émission de billets hypothécaires ayant cours forcé.

Une commission de quarante membres responsables de leur administration aurait le droit de « monnayer des billets » qui seront reçus dans tous les paiements où ils seront offerts. Trois modes d'émission sont proposés : 1° autoriser la commission à prêter sur hypothèque pour 1/2 ou les 2/3 de la valeur de l'immeuble hypothéqué ; 2° fournir le prix entier des terres sur le pied de la valeur de 20 ans de revenu, plus ou moins selon qu'on en aurait offert en argent, la commission entrant en possession de ces terres qui seraient rachetables pendant plusieurs années ; 3° fournir le prix entier des terres sur la vente et tradition qui en seraient faites en retour.

Ces billets hypothécaires auraient cours forcé et l'émission en serait limitée.

1. Law, *Mémoire sur les monnaies Economistes*, 681.

Ainsi donc le propriétaire s'adressera à la commission, il lui donnera une hypothèque sur sa terre, lui en laissera la possession ou lui en transférera la propriété et en échange la commission lui délivrera des billets hypothécaires qui circuleront comme de la monnaie.

Grâce à ce système Law estimait que la masse de monnaie circulante sera toujours celle qui sera nécessaire aux échanges. « La commission délivrant toutes les sommes « demandées et reprenant toutes les sommes rapportées, « ce papier conservera sa valeur et nous aurons toujours « autant de numéraire que nous en aurons besoin. »

Law ne réussit pas à faire admettre son projet en Ecosse ; il vint en France ; son billet hypothécaire ne fut pas pratiqué mais les billets de sa banque eurent un succès, énorme. On sait quelle fut la brillante carrière du « système » et aussi quelle fut sa chute.

— La première expérience de papier monnaie garanti par une hypothèque est celle des assignats.

Rappelons rapidement leur histoire.

La loi du 2 novembre 1789 avait mis les biens du clergé à la disposition de l'Etat : cette loi était motivée par le double désir de trouver des ressources pour combler le déficit des finances, et de détruire un des corps les plus puissants, les plus dangereux de l'ancien régime. Pour arriver à ce résultat l'assemblée ordonna la vente des biens de l'Eglise, auxquels elle ajouta une partie des biens domaniaux, jusqu'à concurrence de 400 millions (Mars 1790). Restait à trouver un moyen de réaliser cette vente. Les conditions étaient défavorables : les acheteurs étaient en défiance ; beaucoup ne croyaient pas au succès

de la Révolution et refusaient d'acquérir des terres dont ils seraient dépouillés à la première réaction ; les autres ne se souciaient pas de placer leur argent en ces temps de crise : de plus, offrir à la fois une aussi grande quantité de biens c'était les déprécier. Il fallait donc imaginer un procédé pour écouler peu à peu ces terres dans le public et néanmoins trouver immédiatement la valeur qu'ils avaient.

L'assemblée institua une caisse chargée de centraliser le produit des ventes, et elle émit des assignats sur cette caisse, assignats de 10000 livres, chacun portant intérêt à 5 0/0. Ces assignats devaient être remboursés sur toutes les recettes extraordinaires de l'Etat telles que contributions patriotiques etc.... et ils étaient échangeables contre toute espèce de titres, de créances sur l'Etat.

Dans ces conditions, l'assignat n'était pas un papier monnaie. L'Etat empruntait sur l'hypothèque et pour faciliter son emprunt il créait des billets portant intérêt.

Mais la masse des biens mis en vente était considérable et il fallait trouver un moyen de les vendre sans les discréditer par la concurrence. Une députation de la commune de Paris vint faire la proposition suivante : partager les propriétés de l'église entre les municipalités qui se chargeraient de les revendre, et paieraient l'Etat en « papier municipal » ou bons qu'elles s'engageraient à acquitter à mesure que les ventes feraient rentrer de l'argent. L'Etat se servirait de ces bons pour subvenir à ses dépenses.

Grâce à ce procédé, les terres finiraient par être achetées, l'argent par rentrer dans les caisses de l'Etat, les

créanciers par être payés et les assignats rétirés de la circulation au fur et à mesure des achats, par disparaître. Ce projet fut mis à exécution.

Malheureusement on ne s'en tint pas là : l'assignat était en coupures de 10.000 francs, on fit à la place des billets numérotés de 1000 à 200 livres: l'intérêt était de 5 0/0, on le réduisit à 3 0/0 puis on le supprima. Cette dernière mesure transforme l'assignat, il n'est plus une valeur de portefeuille, il devient une monnaie: il ne peut plus servir que de medium d'échange : la monnaie ne paraissant point, le trésor étant vide, les créanciers réclamant de tous côtés on se décida à faire de l'assignat un papier monnaie ; le cours forcé est décrété.

L'assemblée constituante créa pour 1200 millions d'assignats d'abord, puis pour 600 millions. Sitôt que l'Etat avait besoin d'argent, il émettait des assignats : l'assemblée législative en créa pour 900 millions; la Convention en porte le nombre à 9 milliards 978 millions, en décembre 1795 au moment de leur suppression, la somme totale des assignats créés s'élevait à 45 milliards 1/2 dont 40 milliards restaient en circulation (1).

La conséquence de ces émissions excessives était une dépréciation considérable de l'assignat. En janvier 1791 il tombe à 91 0/0; puis à 82, en juin 1793 il ne vaut que le tiers de sa valeur; en août 1793 que le sixième; en 1795 il descend à 2 0/0, 1 0/0, 0, 50 0/0. L'effet direct de cette dépréciation de la monnaie fut l'élévation du prix de toutes choses.

1. Ces chiffres sont pris dans M. Stourm. Finances de l'ancien régime et révolution II, 306 et s.

L'on proposa, l'on tenta les moyens les plus violents pour soutenir les cours; rien n'empêcha leur chute. En avril 1793 on décrète que seront punis de six ans de fer tous ceux qui auront vendu du numéraire, c'est-à-dire qui auront échangé une quantité d'or contre une quantité nominale plus grande d'assignat; défense aux marchands de se faire payer d'une manière différente en assignats ou en monnaie métallique.

En août 1793 loi du maximum, emprunt forcé sur les riches. En septembre punition de 3000 mille livres d'amende et 6 mois de détention, ou le double et vingt ans de fer en cas de récidive, contre quiconque aura refusé des assignats en paiement.

Rien n'y fit: « Le crédit, dit M. Stourm, est le seul « des ennemis de la République que sa violence ne put « dompter. » L'assignat se dépréciait tous les jours. La cause du mal était dans l'excès des émissions, dans la quantité formidable d'assignats en circulation. Le seul remède consistait à en retirer un certain nombre. Etait-ce possible? On essaya.

La convention en octobre 1794 ordonna de rechercher les moyens de faire rentrer les assignats, Il n'y avait qu'à vendre les terres, mais il était impossible de trouver des acheteurs, on était trop appauvri. On proposa la démonétisation: l'assignat ne serait plus monnaie, il devenait une simple délégation sur les biens; l'emprunt forcé, qui consistait également à changer l'assignat de monnaie en valeur sur les terres, avec cette différence que la conversion ne s'opérait que pour les classes riches. On imagina des loteries: on aurait créé des lots

pour 391 millions, le public alléché par l'appât de ces grosses sommes aurait apporté ses assignats qu'on lui aurait rendus sous forme de bons sur les biens nationaux, rapportant 3 0/0 d'intérêt. Johannot proposa la création d'une banque territoriale qui échangerait les assignats contre des bons sur les biens nationaux rapportant 3 0/0 d'intérêt et échangeables eux-mêmes contre les assignats.

Aucun de ces projets ne pouvait réussir car ils consistaient tous en dernière analyse dans une acquisition des biens nationaux, or la difficulté consistait à fournir aux acquéreurs « non la volonté d'acheter mais la faculté de payer ».

On essaya alors de rétablir le rapport entre la valeur nominale et la valeur réelle de l'assignat : prendre pour mesure des valeurs l'or ou l'argent, ou le blé ; faire baisser d'un 0/0 par jour la valeur de l'assignat ; faire payer l'impôt foncier en nature. Un ingénieux projet de Bourdon fut adopté et mis à exécution : Il consistait à adjuger les biens nationaux sur simple procès verbal à celui qui offrirait en assignats trois fois sa valeur d'après l'estination de 1790.

Le nombre des soumissions fut énorme et la situation eut été liquidée certainement avec une perte, grande c'est vrai, mais bien minime en regard du désastre final des assignats, si une opposition ne s'était manifestée, fondée justement sur le prix peu élevé des ventes, et n'avait fait suspendre le décret. On laissa échapper cette occasion, on ne la retrouva plus : on s'efforça de prolonger l'agonie mais on devait arriver à la banqueroute.

On établit une échelle de proportion pour réduire les assignats; l'augmentation du numéraire en circulation fait augmenter les prix, il faut donc diminuer la valeur de l'assignat proportionnellement à la qualité émise. On décida que dans tout paiement fait en assignats il faudrait ajouter 1/4 en sus pour chaque 500 millions ajoutés à la circulation.

Le 23 décembre 1795 la planche des assignats est brisée. Mais le trésor avait besoin d'argent, les biens nationaux ne paraissaient pas devoir se vendre rapidement, il fallait encore représenter d'avance leur valeur. On créa des mandats territoriaux. Ces mandats représentaient une quantité fixe de biens et donnaient droit à cette quantité du domaine qui était adjugée sur simple procès verbal et sans enchères; ils avaient cours forcé.

La quantité circulante d'assignats fut réduite à 36 puis 24 milliards; ces 24 milliards on estima qu'ils valaient le trentième de leurvaleur nominale, soit 800 millions et on créa pour 800 millions de mandats territoriaux. Ces mandats dès qu'ils parurent sur le marché tombèrent à presque rien. En juillet 1796 les assignats n'ont plus cours forcé et ceux qui ne sont pas rentrés le 21 mai 1797 sont annulés; les mandats territoriaux sont démonétisés également.

Enfin pour permettre de liquider les contrats passés un tableau de dépréciation fut dressé indiquant, d'après le cours du change, quelle était la valeur des assignats aux différentes époques de leur existence.

Ainsi finit cette désastreuse expérience que la France fit du papier monnaie, qui fut une des plus sanglantes leçons d'économie politique que l'histoire ait enregistrées

— En 1848 un grand nombre de projets de monétisation du sol sont présentés à l'assemblée. Les uns veulent du papier monnaie, les autres des billets hypothécaires remboursables à présentation.

Nous allons donner un rapide aperçu de quelques uns de ces projets qui se ressemblent souvent entre eux

Les citoyens Turck et Prudhomme proposent (séance du 18 mai 1848) « pour venir immédiatement en aide à l'agriculture et à l'industrie, et pour rétablir le crédit et le travail, de créer une banque hypothécaire qui pourrait émettre jusqu'à concurrence de 300 millions, des billets portant intérêt à 3 1/2 0/0 au profit de l'état et qui seraient remboursables dans l'espace de 5 ans. Cette banque émettra des billets ayant cours légal.

Tout propriétaire qui voudra emprunter adressera au receveur général du département : 1° La désignation de son immeuble ; 2° l'état des inscriptions en tous genres dont il est grevé. L'immeuble sera estimé par un jury composé du juge de paix et de deux notaires et le prêt ne pourra excéder les 3/5 de la propriété.

L'état se ferait donc ici prêteur sur hypothèques ; et le prêt serait réalisé en billets ayant cours légal.

Bouhier de l'Ecluse (séance 22 mai 1848) demande la la création d'une banque hypothécaire émettant des billets de banque jusqu'à concurrence des affectations hypothécaires qui lui sont consenties. Les billets de la banque nationale foncière sont garanties par la propriété immobilière hypothéquée, de même que les billets de la banque de France sont garantis par les espèces qu'elle a en caisse et les valeurs qu'elle a en portefeuille. Les notaires



et un jury spécial sont chargés, aux frais de l'Etat, de vérifier et certifier la valeur des propriétés offertes en garanties.

Ce projet consiste donc à créer une banque qui serait pour la propriété foncière ce qu'est la Banque de France pour le commerce.

Le ministre des finances déclare qu'il a reçu 150 à 200 projets analogues à celui de Bouhier de l'Ecluse (séance 22 mai 1848).

Le 18 juillet 1848, Pougeard propose de créer des bons hypothécaires circulant comme du papier monnaie. L'état ferait un emprunt forcé d'une somme de 200 millions. Chaque propriétaire ayant au moins 500 francs de revenu paiera une somme proportionnelle à son revenu évalué à six fois l'impôt foncier : le paiement s'effectuera en espèces ou à défaut d'espèces en effets qui donneront 5 0/0 d'intérêt, auront cours légal et seront garantis par une hypothèque affectée par privilège sans qu'il y ait besoin d'inscription (rapport de Léon Faucher, séance 29 août 1848).

Ce projet ne nous intéresse que fort peu, il est plutôt destiné à fournir de l'argent à l'état par l'emprunt forcé qu'à autoriser le propriétaire foncier à payer l'impôt par des bons hypothécaires.

Le 24 août 1848, Flandin dépose au nom du comité de l'agriculture un rapport dans lequel il demande l'adoption des mesures suivantes:

Ouverture d'un grand livre de crédit foncier.

Emission successive, par l'état, de bons hypothécaires pour une somme de 2 milliards.

Ces bons hypothécaires sont créés sur la demande du propriétaire qui souscrit à l'état par acte notarié une obligation d'une somme égale à celle qui fait l'objet de l'emprunt, garantie par une hypothèque qui ne sera primée par aucune autre.

Un jury composé du juge de paix du canton, de l'un de ses suppléants, d'un notaire du canton délégué par la chambre des notaires de l'arrondissement, du receveur de l'enregistrement, de l'un des percepteurs de la situation des biens, prononcera sur l'admission, la réduction ou le rejet de la demande. Cette décision sera soumise à un conseil composé du receveur général, du président du tribunal et du président de la chambre des notaires.

La première année le propriétaire ne paiera que l'intérêt de 3 0/0; après le capital et les intérêts seront amortis par un paiement de 5, 80 0/0 pendant 25 ans. Le propriétaire aura toujours le droit de se libérer.

Les bons hypothécaires ont cours forcé : ils portent des numéros d'ordre et n'énoncent pas le nom de l'emprunteur.

L'assemblée nationale a eu l'heureuse idée de n'adopter aucun de ces projets.

Dans ces dernières années deux projets de loi ont été déposés à la Chambre des députés.

Le premier (1) est de M. Fleury et a été présenté le 19 juin 1883.

Le gouvernement est autorisé à émettre des billets hypothécaires pour une somme de 3 milliards.

1. *Officiel* 1883. Ch. des députés, annexes 2, p. 1222.

Tout propriétaire foncier peut emprunter à l'État sur hypothèque jusqu'à concurrence du quart de la valeur de ses immeubles; voici comment il s'y prendra : il s'adresse à un notaire qui désigne deux experts. La propriété est évaluée, une demande de prêt est rédigée et envoyée au trésorier payeur général. Celui-ci s'entend avec le receveur particulier de l'arrondissement. Si ces deux fonctionnaires n'étaient pas suffisamment édifiés sur la solidité du prêt il y aurait une nouvelle expertise.

Enfin le notaire, le trésorier payeur général et le receveur particulier de l'arrondissement sont d'accord, l'obligation hypothécaire est réalisée et l'État par l'entremise du trésorier payeur général délivre à l'emprunteur des billets hypothécaires.

Les prêts seront faits pour 5 ou 7 ans.

Les Billets hypothécaires auront cours comme ceux de la Banque de France et seront par coupures de 100, 200, 300, 400, 500 et 1000 francs.

Les intérêts seront payables tous les six mois et le remboursement de l'obligation devra être fait huit jours avant l'échéance.

Tout porteur de billet devra présenter ce billet au remboursement à une caisse de l'Etat dans les 15 jours qui suivront l'échéance...

Si le paiement des intérêts ou le remboursement n'étaient pas effectués aux époques indiquées, l'Etat poursuivrait directement l'emprunteur et en cas d'insuffisance du gage il exercerait son recours contre les cautions responsables dans les proportions suivantes, le notaire serait res-

ponsable envers l'Etat des 3/8 de la somme prêtée, le trésorier payeur général et le receveur particulier des trois huitièmes tous deux solidairement.

On pourrait au début imposer le cours forcé de ces billets hypothécaires.

Le second est de M. de Thou et a été présenté à la chambre des députés le 10 février 1885 (1).

Art 1er : Le crédit Foncier est autorisé à émettre des billets hypothécaires pour une somme maximun de trois milliards.

Art. 2. Ces billets sont garantis par première hypothèque sur tout ou partie des biens fonciers de l'emprunteur : le prêt ne pourra s'élever que jusqu'au tiers de la valeur de la propriété rurale, jusqu'au quart de la valeur des propriétés bâties.

Art. 3. Les prêts seront consentis par le crédit Foncier après formalités et expertises dans les conditions actuelles exigées par le crédit Foncier.

Art. 5. Les prêts seront faits pour un délai de trente années au taux de 3/2 pour 100 par an payables dans les caisses de l'Etat dans les mêmes conditions que la contribution foncière......

Art. 6. Aussitôt que le prêt aura été consenti par le crédit foncier, un crédit d'égale somme sera ouvert à l'emprunteur à la caisse du receveur général ou de ses agents désignés par lui. L'emprunteur pourra toucher la totalité de son emprunt ou des sommes partielles selon ses besoins quatre jours après en avoir fait la demande.

1. *Officiel* 1885 Ch. des députés annexes 1. 30.

Art. 7. L'emprunteur pourra toujours à sa convenance rembourser soit en totalité soit en partie...

Art. 9. Le crédit foncier devra chaque mois retirer de la circulation des billets hypothécaires pour une somme égale aux remboursements effectués. Ces billets seront conservés dans les caisses et utilisés lors de nouveaux emprunts.

Art. 10. Lorsque le crédit foncier aura fait des prêts et émis des billets pour une valeur de deux milliards, il pourra exiger que les remboursements soient tous effectués en billets hypothécaires.

Tel est le dernier projet qui ait été proposé aux chambres.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir exploré d'une manière complète le chaos de systèmes imaginés et proposés qui consistent à « battre monnaie » avec la propriété foncière nous avons simplement voulu donner une idée des différents procédés proposés pour atteindre ce but.

On peut les classer à plusieurs points de vue différents.

1° Les uns veulent créer des ressources à l'état (*ex :* les assignats, la proposition Pougeard) les autres veulent fournir des capitaux aux propriétaires fonciers (*ex :* proposition Flandin, de Thou, etc)...

2° Les uns veulent créer du papier monnaie, c'est-à-dire des billets non remboursables à présentation, les autres des billets de banque c'est-à-dire des billets remboursables à présentation.

3° Les uns prennent comme prêteur l'Etat, les autres prennent une banque.

Ces classifications établies il n'y a que des différences de détail à relever entre les projets : différences pour le mode d'évaluation des propriétés, sur la question de savoir si le papier portera ou ne portera pas intérêt, si l'expert sera ou ne sera pas responsable de ces estimations, etc. .

— La démonstration de trois idées fera justice de ces dangereuses théories.

1° Une banque hypothécaire émettant des billets remboursables à présentation et garantis par la propriété foncière est constamment exposée à tomber.

En effet la banque de France peut émettre des billets remboursables parce que les effets qu'elle escompte ne sont jamais à plus de trois mois : l'argent sorti de sa caisse y rentre presque aussitôt si elle n'avait en portefeuille que des créances hypothécaires à 5 ou 10 ans, comment pourra-t-elle faire face aux demandes de remboursement de ses billets. Il suffira donc du moindre accident, de la plus petite crise pour qu'elle soit obligée de suspendre le paiement de ses billets.

« Pour qu'une banque prospère il faut qu'elle puisse se liquider à toute heure » il faut que le capital sorte aussitôt qu'il est entré, et rentre aussitôt qu'il est sorti.

Pour la banque hypothécaire il n'en serait pas ainsi, le capital sortirait; et il faudrait 5 ou 10 ans pour qu'il rentre. La banque hypothécaire ne peut donc pas rembourser ses billets à présentation.

2° Le papier monnaie est dangereux il est aujourd'hui absolument condamné. Nul n'a envie de recommencer l'expérience des assignats. Un remarquable rapport de

Léon Faucher sur la proposition de Pougeard, le 29 août 1848, deux célèbres discours, un de Faucher, l'autre de Thiers, dans la séance du 10 octobre 1848 ont dénoncé les dangers du papier monnaie et ont donné les arguments décisifs qui le condamnent.

Le papier monnaie amène la ruine car il est impossible de proportionner la quantité circulante au besoin des échanges ; on en crée toujours et on ne peut pas le retirer.

« Pour la monnaie métallique, pour le billet de ban-
« que, le remède est à côté du mal ; si vous jetez dans la
« circulation un excès de monnaie métallique au lieu de
« rester dans le pays il sort, il est exporté, il s'échange
« contre des marchandises ; si la Banque de France émet
« trop de billets, le trop plein rentre dans ses caisses,
« vient se faire rembourser.

« Au contraire, supposez un papier monnaie non rem-
« boursable. Eh bien ! il n'y a pas de remède ; il n'y a de
« remède que dans l'excès du mal, c'est-à-dire dans la
« catastrophe finale. Il faut passer par là » (1).

Que se passera-t-il en effet ? les émissions se succèderont, la masse circulante de papier monnaie ira toujours en augmentant, les prix de toutes choses monteront ; puis une panique prendra, la débâcle commencera, le public ne voudra plus de ce papier qui tombera à rien.

C'est l'histoire des assignats.

Que pourra-t-on faire là contre ? une seule chose, une loi de maximum, décréter que telle chose vaudra tel

1. Discours de Léon Faucher, assemblée nationale, 10 octobre 1848.

prix ; un procédé qui aboutit à une loi de maximum est jugé en économie politique.

Une seconde cause de ruine pour le papier monnaie et qui amènera encore sa dépréciation c'est le défaut de confiance que le public aura envers cette monnaie.

Le papier monnaie ne s'échangera pas à valeur égale avec la monnaie métallique, il ne circulera pas au pair, le public établira une double échelle pour les paiements faits en papier et ceux faits en or et en argent ; cet état de chose a existé et existe encore dans tous les pays ou le papier monnaie a eu ou a cours. Aucun moyen, même le plus violent ne peut arriver à faire que le public ait autant de confiance dans un morceau de papier que dans une monnaie qui a une valeur intrinsèque. La révolution punissait des peines les plus sévères ceux qui échangeaient une certaine quantité d'or contre une quantité nominale plus grande d'assignats. La résistance de chacun triomphait de la loi.

En un mot le papier monnaie est condamné à une dépréciation certaine.

Deux souvenirs terribles, dit Thiers, pèsent sur la mémoire de la Révolution française : l'échafaud et le papier monnaie.

3° L'État est un mauvais prêteur.

Certains auteurs peuvent dire, le papier monnaie est ruineux, le billet hypothécaire est dangereux pour la banque qui l'émet, pourquoi ne pas faire émettre des billets par l'État, ou par une banque garantie par l'État. Le remboursement des billets s'effectuera toujours, si une

crise violente éclate le cours forcé sera décrété quitte à être supprimé lorsque la crise aura cessé.

Tout d'abord l'intervention de l'État dans des opérations privées doit autant que possible être évitée ; ce n'est pas le rôle de l'état de fournir des fonds aux propriétaires fonciers : il faut laisser à chacun le soin de gérer ses affaires et il faut se garder sous prétexte de venir en aide à des agriculteurs de supprimer, par l'établissement d'un monopole, la libre concurrence de ceux qui voudraient leur prêter de l'argent.

En second lieu on doit remarquer que l'État n'est pas en situation de prêter d'une façon sûre pour lui et économique pour l'emprunteur.

Qu'on relise le projet de loi de M. Fleury. « Voyez-« vous cette levée de fonctionnaires coopérant en même « temps dans toute la France à la création de trois mil-« liards d'hypothèques ! notaires, trésoriers, payeurs géné-« raux, receveurs particuliers, contrôleurs des contribu-« tions indirectes, percepteurs, experts, contre experts ! « L'auteur de la proposition n'en oublie aucun.... »

« Il me semble inutile, ajoute M. Challamel, d'insister « sur l'avilissement général de la propriété foncière qui ré-« sulterait de ces expertises et contre expertises toujours « faites au bas prix pour épargner aux éditeurs responsables « des billets hypothécaires le risque d'une moins value « dans la réalisation de l'immeuble ; inutile aussi de mon-« trer le danger de cette crise annuelle du mois de jan-

1. M. Challamel. Mémoire sur les procédés de mobilisation du sol. B. du comité des travaux historiques et scientifiques, section des sciences économiques et sociales, 1886, p. 57.

« vier suivie d'une masse formidable d'expropriations à « la requête de l'État, créancier de tous les paysans de « France ».

Il est en effet difficile de se figurer l'État procédant à des évaluations des propriétés foncières, et à des expropriations; l'État devenu banquier, prêtant à ceux qui ont besoin d'argent et les saisissant lorsqu'il n'est pas remboursé à l'échéance : c'est juste le rôle inverse de celui que nous sommes habitués à lui attribuer.

Est-il mieux de faire prêter par une banque qui serait garantie par l'État, comme le veut M. de Thou ? Non. Lorsqu'une industrie privée ne peut pas se soutenir, lorsqu'elle est destinée à se ruiner, il est mauvais de donner à l'État la charge de la soutenir. L'État ne peut qu'y perdre et il dépensera son argent en pure perte, une première crise passée, une seconde viendra.

Il faut donc renoncer à tous ces projets irréalisables de papier monnaie, de billets hypothécaires, de bons hypothécaires.

II. — *Lettres de gage ou Obligations foncières.*

Un second procédé proposé et appliqué aujourd'hui encore en France c'est la lettre de gage ou obligation foncière (*Pfandbricfe* en Allemand).

Entre celui qui veut emprunter sur hypothèque et celui qui veut prêter on crée un intermédiaire. Ce tiers vérifie quelle est la valeur de l'immeuble qui doit servir de garantie. Après examen il émet des lettres de gage,

portant sa signature qu'il négocie lui-même ou qu'il remet à l'emprunteur en lui laissant le soin de les négocier. Ces lettres de gage ou obligations foncières sont faites dans une forme qui leur permet de se transmettre facilement.

Un propriétaire foncier veut emprunter 10.000 francs, il va trouver l'intermédiaire qui sera par exemple le crédit foncier français, il lui souscrit un engagement hypothécaire. En échange de cet engagement, le crédit foncier crée pour 10.000 francs, des obligations foncières qu'il vend aux capitalistes.

Ainsi le crédit foncier a prêté 10.000 francs d'une main et emprunté 10.000 francs de l'autre. Il aura servi de lien entre le propriétaire foncier et le capitaliste. Le service qu'il rend est immense : les parties n'ont de rapport entre elles que par lui, c'est lui qui a fait l'évaluation de l'immeuble, c'est lui qui en poursuit l'expropriation à l'échéance s'il n'est pas remboursé ; c'est chez lui que l'emprunteur vient verser les sommes qu'il doit, le prêteur la somme qu'il prête ; c'est chez lui que l'emprunteur paie les intérêts qu'il doit et que le prêteur vient toucher ceux auxquels il a droit.

Ce n'est pas tout : si cet intermédiaire inspire confiance, si le public croit sérieuses les évaluations qu'il fait des immeubles et estime qu'il a des moyens suffisants pour recouvrer facilement l'argent qu'il prête, si un mot, sa signature a du crédit, la lettre de gage circulera facilement.

Le prêteur pourra donc lorsqu'il voudra retrouver son argent, céder, son obligation foncière, soit par un en-

dossement soit par une simple remise de la main à la main.

« Qu'on imagine un centre où viennent aboutir l'offre « et la demande des capitaux destinés aux placements « hypothécaires. Que l'intermédiaire ainsi créé éprouve « et garantisse la solvabilité de l'emprunteur, qu'il ré- « ponde efficacement de la régularité du service des « intérêts et de l'exactitude du remboursement et tous les « avantages réalisés pour le commerce par la banque « d'escompte se reproduiront pour le sol par la banque « foncière (1).

— Le Berceau de ces institutions est la Prusse. Elles ont été créées, vers 1770 en Silésie. A cette époque la propriété foncière était ruinée par la guerre de sept ans: « l'intérêt de l'argent était monté à 10 0/0 et au-dessus, « les frais de commission à 2 et 3 0/0. La noblesse de « province obtint un sursis de trois ans pour payer ses « dettes. Un négociant de Berlin eut l'idée de relever le « crédit foncier en substituant à la responsabilité indi- « viduelle de chaque débiteur la garantie collective d'une « société de propriétaires engagés par contrat hypothé- « caire. » C'est ce qu'on fit. Les propriétaires se groupèrent en association d'emprunteurs. Si l'un d'eux veut emprunter il s'adresse au directeur de l'association: on évalue sa propriété et on lui prête sur première hypothèque jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur de son immeuble. A cet effet on rédige une lettre de gage, signée par la direction de l'association. L'emprunteur se

1. *Journ. des Economistes* XXII, 21.

libère en payant chaque année une somme représentant l'intérêt et l'amortissement du capital de sa dette.

Ensuite se sont créés des associations de prêteurs. C'est une organisation analogue. Il y a cette seule différence que l'intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur, au lieu d'être l'emprunteur est une société de capitalistes, les premières sont faites dans l'intérêt des emprunteurs seuls, les secondes dans l'intérêt et des prêteurs et des emprunteurs.

Ces institutions une fois créées eurent un très rapide essor (1) et prirent un grand développement dans toute l'Allemagne. Elle s'introduisirent également en Pologne en 1825 et en Autriche.

En France une association de prêteurs existe aujourd'hui c'est la banque du crédit Foncier français.

C'est M. Wolowski le premier qui fit connaître ces institutions. Dès 1835 il en parle. Des articles de lui parus dans la *Revue de législation et de jurisprudence* tomes I, IV, X, révèlent l'organisation des associations de crédit de Prusse et de Pologne, et demandent qu'on en introduise l'usage en France.

Le gouvernement se préoccupa de la question et en 1845 il envoie M. Royer étudier les associationss territoriales.

En 1848 (2) M. Wolowski, reprenait son idée sous une autre forme.

1. Voir le rapport de M. Royer et le rapport de M. Josseau au ministre de l'agriculture. Le premier est de 1845, le second de 1851.

2. 23 juin 1848.

« Chaque propriétaire pourra demander au trésor la « délivrance d'une quotité d'obligations hypothécaires « équivalentes au principal de l'impôt foncier capitalisé « sur le pied de 5 0/0. »

« Art. 2 : aucun privilège ni hypothèque légale ne « pourront primer les obligations hypothécaires qui « jouiront de tous les droits accordés à l'impôt et dont « l'intérêt accru de l'amortissement et des frais sera « servi sur le pied de 6 0/0 et deviendra exigible par dou- « zième en même temps que l'impôt.

« Art. 4 : il sera fait tous les six mois un tirage des « obligations émises et celles désignées part le sort « seront immédiatement remboursées au pair jusqu'à « concurrence des sommes disponibles à cet effet.

« Art. 5 : à toute époque le débiteur grevé pourra « s'affranchir de la totalité ou de partie de la dette « foncière.

« Art. 6 : des obligatious hypothécaires seront détachées « du grand livre de la dette foncière elles seront de 50, « 100, 200, 500, 1000, 5.000 et 10.000.

« Art. 7 : Du moment où la revision des lois hypothé- « caires permettra d'établir d'une manière certaine le « bilan de chaque immeuble le grand livre de la dette « foncière recevra toute l'extension qu'exige l'intérêt de « l'agriculture. »

Ce projet prend l'Etat comme intermédiaire entre le prêteur et le propriétaire foncier mais sauf cela il rappelle de très près dans ses dispositions le décret de 1852.

En 1850 M, Josseau est chargé de compléter le rapport de M. Royer.

Au commencement de 1851 la commission hypothécaire nomma une sous commission chargée d'examiner les projets de loi proposés.

Trois projets étaient proposés (1): Le premier de M. Wolowski demandait l'organisation « d'agences de « vérification et de garantie du crédit immobilier dont « l'action se bornerait à vérifier la valeur des immeubles, « à prendre inscription pour le montant de la somme « que le propriétaire voudrait se procurer et à remettre « à ce propriétaire en échange de son obligation hypo- « thécaire des lettres de gage que le souscripteur de l'o- « bligation négocierait à ses risques et périls: c'est à la « caisse que se toucheraient les intérêts dus aux porteurs « de titres et que se paieraient les intérêts, impôt, amor- « tissement. »

Le second de M. Loyer diffère du précédent par ce seul point que la « caisse de garantie et de prêt immobilier » a un capital qu'elle emploie à faire des prêts directement.

Le troisième de M. Martin ne nous intéresse pas ici, il demande la création d'une banque immobilière émettant des billets.

M. Dumas, ministre de l'agriculture et M. Chegaray, rapporteur de la sous-commission déposèrent des rapports (2) et des projets de loi, qui l'un et l'autre demandaient l'introduction en France des associations de crédit foncier.

1. Rapport de Chegaray, séance, 29 avril 1851.
2. V. les séances des 8 août 1850 et 29 avril 1851.

On faisait des objections : Les institutions allemandes sont essentiellement aristocratiques : elles ne sont faites que dans l'intérêt des nobles. Effectivement en Silésie elles ont commencé par ne prêter qu'aux biens nobles (1).

On disait encore : En Allemagne, en Pologne la propriété est concentrée et les prêts n'y descendent jamais à de petites sommes.

Les faits sont venus répondre à ces objections. Le caractère aristocratique des établissements de Silésie s'est effacé peu à peu et aujourd'hui l'on ne refuse des prêts à aucune catégorie de terres. D'autre part les associations de crédit se sont étendues dans le grand Duché de Baden, de Posen, et en Belgique où la propriété est aussi morcelée qu'en France. Enfin voilà longtemps que le crédit foncier fonctionne en France et il est impossible de soutenir qu'il n'ait pas rendu de grands services.

La question fut arrêtée par le coup d'État.

Napoléon III la reprit et en décembre 1851 il nomma une commission qui rédigea le décret du 28 février 1852.

Art 1er. Des sociétés de crédit ayant pour objet de fournir aux « propriétaires d'immeubles qui voudront em-
« prunter sur hypothèque, la possibilité de se libérer au
« moyen d'annuités à long terme peuvent être autorisées
« par décret du Président de la République, le conseil
« d'État entendu. Elles jouissent alors des droits et sont
« soumises aux règles déterminées par le présent dé-
« cret. »

1. Discours de M. de la Moskowa, séance 5 juin 1851.

Les sociétés autorisées jouissent d'une législation spéciale qui leur permet de purger les hypothèques occultes, et de poursuivre l'expropriation des propriétaires qui ne paieraient pas à l'échéance avec rapidité.

Pour obtenir l'autorisation qui leur donne le droit de jouir de ces privilèges les sociétés de crédit foncier, sociétés d'emprunteurs ou de prêteurs doivent remplir certaines conditions :

1° ne prêter que sur première hypothèque.

2° ne prêter que jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur de l'immeuble hypothéqué.

3° ne prêter qu'après avoir accompli les formalités de la purge.

4° se faire payer par annuités comprenant l'intérêt stipulé qui ne peut dépasser 5 0/0, la somme affectée à l'amortissement qui ne peut être supérieure à 2 0/0 ni inférieure à 1 0/0 du montant du prêt, et les frais d'administration.

Les sociétés de crédit émettent des lettres de gage ou obligations foncières nominatives ou au porteur, portant intérêt, d'une valeur d'au moins cent francs et pour une somme qui ne peut dépasser le montant des prêts. Elles seront remboursées au prorata de la rentrée des sommes affectées à l'amortissement.

Une société est immédiatement fondée par les soins de M. Wolowki qui en fut le premier directeur et approuvée le 3 juillet 1852. Elle prend le titre de « Banque foncière de Paris » elle offrait de prêter en numéraire et de se charger de la négociation de ses titres.

Deux nouvelle sociétés se formèrent, à Marseille et à

Nevers et furent autorisées par le décret du 18 octobre 1852. D'autres encore furent approuvées et allaient être créées lorsque le gouvernement eut l'idée de former une institution centrale et unique, ce qui avait le grand avantage de ramener à un seul type tous les titres des différentes sociétés et par cela même d'en faciliter la transmission.

Par suite d'une convention conclue avec le gouvernement le 8 octobre 1852, approuvée le 10 décembre 1852, la banque foncière put s'incorporer les sociétés de Nevers et de Marseille et étendre ses opérations sur toute la France. Elle prit le nom de « crédit foncier » et fut dotée d'un monopole. Un décret du 25 juin 1854 plaça le crédit foncier sous la surveillance du ministre des finances et un autre décret du 6 juillet 1854 lui donna une organisation semblable à celle de la Banque de France : Elle est dirigée par un gouverneur et des sous gouverneurs nommés par le chef de l'Etat.

Depuis 1877 la situation du crédit foncier est changée il n'a plus de monopole.

Quel a été l'effet de la suppression du monopole ?

On a soutenu que le crédit foncier avait, avec son monopole, perdu le droit d'émettre des lettres de gage. Cette objection ne soutient pas l'examen : le monopole du crédit foncier consistait simplement dans l'engagement pris par le gouvernement de n'accorder son autorisation à aucune autre société, c'est à dire de ne faire profiter aucune autre société des bénéfices de la législation particulière du décret de 1852. Le gouvernement de 1877 a simplement repris le droit d'accorder son autorisation ; mais il est bien évident que la société du crédit foncier par

ce fait qu'elle a été autorisée a le droit de jouir du régime du décret de 1852 et par conséquent d'émettre des lettres de gage.

Une banque non autorisée aurait-elle le droit d'émettre des titres analogues aux lettres de gage, c'est-à-dire ayant les mêmes avantages légaux, tels que le droit de préférence (art. 6 de la loi du 6 juillet 1860) sur l'ensemble des immeubles hypothéqués pour garantir les prêts?

Certainement non ; le décret du 18 février 1852 est bien explicite sur ce point: art. 1. « Des sociétés de crédit fon- « cier... peuvent être autorisées... elles jouissent alors des « droits... déterminés par le présent décret », et le droit donné aux porteurs de lettres de gage d'être payés par préférence aux autres créanciers sur la valeur des immeubles hypothéqués résulte de l'art. 6 de la loi du 6 juillet 1860 : « Les créances provenant des prêts hypo- « thécaires demeureront affectées par privilège ou payement « des obligations créées en représentation de ces prêts. »

Le contraire a été soutenu; deux motifs étaient invoqués :

1° La loi du 24 juillet 1867, disait-on en établissant la liberté des sociétés, en supprimant la nécessité de l'autorisation pour les sociétés même anonymes a implicitement abrogé la prescription du décret de 1852 qui exige l'autorisation pour les sociétés de crédit foncier.

Cette objection n'a point grande valeur, car une loi générale n'abroge point, sans le dire formellement les dispositions d'une loi spéciale ; de plus la loi de 1867 n'a fait que supprimer la nécessité de l'autorisation pour la

création des sociétés anonymes. Or il y a cette différence entre l'autorisation exigée pour constituer une société de crédit foncier et celle qui était nécessaire avant la loi de 1867 pour créer une société anonyme que, dans le premier cas, c'est le but de la société tandis que, dans le second cas, c'est la forme de la société qui rendait l'autorisation nécessaire.

2° Le second argument était plus fort.

Toute société, disait-on, une fois fondée est libre d'emprunter ; elle peut donc émettre des obligations ; or aucun texte de loi ne lui interdit de donner à ses obligations la forme spéciale de celle du crédit foncier.

En effet l'article 4 du décret de 1852 s'exprime ainsi : « les sociétés de crédit foncier ont le droit d'émettre des « obligations ou lettres de gage. » Cet article est purement réglementaire ; aucun texte n'était nécessaire pour donner au crédit foncier le droit d'émettre de pareils titres, le droit de faire de pareilles émissions qui appartient à tout le monde : si le décret avait voulu faire de ce droit d'émission un privilège au profit des sociétés autorisées, il l'eut fait en termes exprès, comme a fait la loi du 24 germinal en XI créant le monopole des billets de banque.

Ce raisonnement a été repoussé par le tribunal de commerce de la Seine par un jugement du 31 mai 1880. (D. 1881-3-38). En effet il méconnait la pensée qui a présidé à la rédaction du décret de 1852. Ce décret a bien évidemment eu pour but de créer, au profit des sociétés qu'il autorisait, un privilége.

Il attache en effet une importance considérable à l'émission des lettres de gage : ce qui le prouve c'est d'abord

le soin avec lequel il la réglemente (art 14 et suiv.) ce sont aussi plusieurs textes officiels : la circulaire du ministre de l'intérieur, 15 avril 1852 (D. P. 52. 4. 108 n°24), puis un rapport du ministre des finances, 23 avril 1877 dans lequel se trouve la déclaration suivante : « L'état « ne peut se désintéresser d'institutions sur lesquelles re- « pose la sécurité de la circulation hypothécaire. » Il n'est donc pas admissible que le décret de 1852 n'ait pas eu la pensée de réserver aux sociétés qu'il autorisait le droit d'émettre des lettres de gage.

Il serait d'ailleurs bien singulier qu'une loi voulant encourager et par conséquent favoriser certaines sociétés ait placé ces sociétés dans une situation inférieure par rapport aux autres sociétés qu'elle ne protégeait point.

Or en admettant l'opinion de nos adversaires c'est justement cela qui arriverait puisque les sociétés autorisées auraient sur les sociétés non autorisées le désavantage de toutes les prescriptions du décret de 1852 et seraient sur le même rang qu'elles quant au principal avantage qu'il présente.

Nous pouvons donc conclure de toutes ces discussions que depuis l'extinction du monopole du crédit foncier la situation législative est celle-ci : Les sociétés de crédit autorisées d'après le décret de 1852 peuvent émettre des lettres de gage, et elles sont seules à pouvoir en émettre.

Ces différents points que nous venons d'étudier ont fait l'objet d'un procès resté fameux entre le crédit foncier et la banque hypothécaire de France. La banque hypothécaire créée en 1879 avait eu la prétention d'émettre des lettres de gage et de faire concurrence au crédit

foncier. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 31 mai 1880 (D. 1881, 3, 38) n'admit point sa prétention et la banque hypothécaire fusionna avec le crédit foncier.

Aucune banque n'a plus tenté d'entrer en concurrence depuis ce moment avec le crédit foncier, qui aujourd'hui s'il n'a plus de monopole en droit a encore un monopole en fait.

Nous avons en quelques mots retracé l'historique de ces institutions de crédit foncier. Nous devons parler maintenant de leur organisation et de leur utilité au point de vue de la mobilisation du titre hypothécaire.

En Allemagne, en Pologne le nombre de ces associations de crédit est illimité : leur organisation varie à l'infini. Elles affectent les deux formes d'association de prêteur et d'association d'emprunteurs, elles admettent ou n'admettent pas le remboursement par l'amortissement annuel; elles négocient elles-mêmes leurs lettres de gage, ou les remettent à l'emprunteur; qui les négocie à ses risques et périls ; les unes ont la garantie de l'Etat ou un fonds de réserve, les autres n'en ont point etc...

Cet état de choses se comprend dans des pays composés de petits Etats qui ont chacun leurs lois, leurs institutions et leurs habitudes.

En France c'est tout le contraire. Nous n'avons qu'une société de Crédit Foncier qui rayonne sur tout le pays. Est-ce bon? est-ce mauvais? Nous ne saurions nous prononcer sur cette question délicate. La concurrence a le mérite de faire baisser le taux de l'intérêt, mais d'un autre côté on peut faire remarquer que, puisque actuelle-

ment aucune loi n'empêche qu'une nouvelle société de Crédit foncier ne s'établisse, s'il ne s'en fonde pas, c'est que l'opinion des hommes compétents décide qu'il n'est point possible de prêter l'argent à meilleur compte que ne le fait la société qui existe.

De plus l'existence d'une Société unique permet d'avoir un type unique de lettres de gage : « qu'il existe une seule « institution le porteur n'aura pas besoin de rechercher « dans quelle succursale l'émission a eu lieu, le type et « la garantie seront uniformes il sera sûr de négocier son « obligation partout, à peu près au même prix » (Josseau, Crédit Foncier XLVI).

Le crédit Foncier de France est une société de prêteurs. Elle a la forme d'une société anonyme; elle est administrée par le conseil d'administration et dirigée par un gouverneur et deux sous-gouverneurs nommés par le chef de l'Etat.

Celui qui veut emprunter adresse une demande à la société; un notaire rédige cette demande suivant les formules de la société ; il doit en même temps produire.

1° Ses titres de propriétés, en sa personne et en celle de ses auteurs, des biens offerts en garantie.

2° La copie certifiée de la matrice cadastrale et du plan cadastral.

3° Les baux où l'état des locations avec indications des fermages et loyers payés d'avance.

4° La déclaration des revenus et charges.

5° La cote des contributions de l'année courante ou à son défaut de la dernière année.

6° La police d'assurance contre l'incendie.

7° Un état d'inscriptions constatant la situation hypothécaire contenant : 1° la mention des transcriptions de saisies et de dénonciations de saisies ou le certificat qu'il n'en existe pas ; 2° la mention des transcriptions de ventes ou donations qui auraient été faites par l'emprunteur ou ses auteurs ou un certificat négatif ; 3° la mention des transcriptions de tous actes de substitution conformément aux articles 1069, 1078 C. Civ. ainsi que de tous les actes énoncés par les articles 1, 2 de la loi 1855 ou un certificat négatif.

La demande est examinée ; l'immeuble offert en garantie est évalué, et le conseil d'administration fixe quelle est la somme qu'il prêtera qui ne dépassera jamais la moitié de la valeur de l'immeuble. Un acte de prêt est rédigé, mais il n'est encore que conditionnel ; il ne sera définitif que si la société peut prendre hypothèque.

— La société du crédit Foncier ne prête que sur première hypothèque. Ici le décret de 1852 intervient pour rendre possible l'exécution de cette clause. Un prêteur ordinaire ne peut pas être assuré d'avoir le premier rang comme créancier hypothécaire d'un immeuble. Les hypothèques occultes de la femme, du mineur, de l'interdit peuvent venir prendre sa place. La loi commune ne donne aucun moyen de faire paraître ces hypothèques.

Le décret de 1852 avait donné aux sociétés de crédit foncier le droit de purger tous les droits et actions qui peuvent changer la situation juridique d'un immeuble.

La loi du 10 juin 1853 restreignit l'application de cette loi priviligiée aux hypothèques légales des femmes, mineurs et interdits.

Cette législation contient une double dérogation à la loi commune.

1° La purge en général n'est autorisée qu'en cas d'aliénation. En faveur du crédit foncier elle est autorisée même sans qu'il y ait aliénation.

2° La purge du décret de 1852 est plus rapide que celle du Code Civil.

D'après le droit commun quand l'hypothèque légale n'est pas inscrite voici les formalités à remplir :

Dépôt au greffe du tribunal de la situation des biens d'une copie du contrat translatif de propriété.

Signification du dépôt à la femme, ou au subrogé tuteur et au procureur de la République ou insertion dans les journaux.

Affichage pendant deux mois d'un extrait de ce contrat dans l'auditoire du tribunal.

Purge spéciale au crédit foncier :

Première hypothèse. — L'hypothèque légale est connue : 1° hypothèque de la femme, si elle est présente au contrat le notaire l'avertit que pour conserver son hypothèque elle devra la faire inscrire dans la quinzaine ; si la femme n'est pas présente, on notifie un extrait de l'acte de demande de prêt à la femme, à son mari et à tous les créanciers non inscrits ayant hypothèque légale. Si la femme n'est pas présente, si la notification ne lui parvient pas il faudra employer les formalités nécessaires pour la purge de l'hypothèque lorsqu'elle est inconnue. 2° hypothèque du mineur ou de l'interdit : notification au tuteur et au subrogé tuteur et au juge de paix d'un extrait de l'acte conditionnel de prêt et dans l'expiration

de huit jours après délibération du conseil de famille l'hypothèque sera purgée.

Deuxième hypothèse.— L'hypothèque légale est inconnue. L'extrait de l'acte conditionnel de prêt est signifié au procureur de la République près le tribunal de la situation de l'immeuble ; insertion dans les journaux. Après un délai de quarante jours, les hypothèques sont purgées.

Grâce à cette législation spéciale le crédit foncier, peut prêter en toute confiance il est sûr qu'un créancier caché ne viendra pas lui enlever son gage au moment où il voudra le réaliser.

L'inscription d'hypothèque est donc prise au nom du crédit foncier et l'acte définitif de prêt rédigé. L'argent va être remis à l'emprunter.

— Comment va être réalisé ce prêt?

La société de crédit foncier a procédé de deux façons différentes.

Au commencement elle a prêté en espèces ; en 1856 elle changea de système elle prêta en obligations foncières, c'est-à-dire qu'elle remettait à l'emprunteur en échange de l'engagement qu'il signait, des obligations que cet emprunteur négociait ; l'on prêta d'abord moitié en numéraire et moitié en obligations, puis entièrement en obligations.

En 1877 le crédit foncier revint aux prêts en numéraire.

Dans un cas comme dans l'autre la société crée des lettres de gage ; la différence est dans ce fait que tantôt elle les négocie elle-même, tantôt elle laisse au propriétaire la charge de les négocier.

Lequel de ces deux modes de procéder est préférable à l'autre ?

Le prêt en lettres de gage a trouvé des apologistes convaincus.

« Le prêt en lettres de gage, dit M. Josseau (1), c'est « le crédit foncier dans son vrai caractère. Le jour où « l'emprunteur peut accepter indifféremment ou du nu- « méraire ou une obligation qui lui procure ce dont il a « besoin, le signe représentatif de la propriété immobi- « lière est trouvé. La lettre de gage est à l'immeuble ce « que le billet de commerce est à la marchandise; le cré- « dit réel existe dans toute sa puissance. La société, ins- « trument de ce crédit, n'est plus obligée d'emprunter « d'une main pour prêter de l'autre et de changer les « conditions qu'elle fait aux emprunteurs suivant celles « si variables que lui font ses prêteurs. »

Mais le prêt en lettres de gage a deux inconvénients. Le prêteur subit une perte souvent considérable. Cette perte s'est élevée (2) en 1871 à 5 et 8 0/0, en 1872 à 11 et 15 0/0, en 1873 à 15, 14, 12, 9 0/0, en 1875 à 7, 6, 5, 4 0/0, en 1876 à 3 et 2 0/0. Aussi les emprunteurs préfèrent-ils les prêts en argent.

Le second inconvénient est que les emprunteurs rembourseront le Crédit Foncier en lettres de gage au moment où le cours sera le plus élevé.

C'est pour ces deux motifs que la société est revenue au système du prêt en numéraire.

1. Josseau *Crédit. Foncier*, L IV.
2. Rapport à l'assemblée générale du mois d'avril 1878.

Le prêteur est muni de son obligation, l'emprunteur à reçu l'argent et la société détient l'acte d'engagement hypothécaire.

— Le prêteur a un double droit : 1° toucher les intérêts de sa lettre de gage; 2° se faire rembourser à l'échéance (1). L'emprunteur a les deux devoirs correspondants : 1° il doit payer les intérêts de sa dette; 2° la rembourser. Ces opérations se font par l'intermédiaire de la société. C'est chez elle que le premier vient toucher, et que le second vient payer.

Ce procédé a l'avantage de faciliter d'abord en pratique les paiements, ensuite de permettre le remboursement par annuités comprenant pour partie l'amortissement du capital. Ce second avantage est des plus sérieux. Lorsqu'un emprunteur se trouve vis-à-vis d'un prêteur il ne peut pas chaque année lui donner en plus de l'intérêt de l'argent une petite somme destinée à amortir le capital. Le prêteur ne saurait comment utiliser cette petite somme. Une société de crédit au contraire, qui consent une grande quantité de prêts, peut employer ces sommes qui prises en détail sont minimes et réunies forment, au contraire, une masse qui peut être utilisée.

Nous n'insistons pas sur les avantages qu'il y a pour un débiteur à amortir chaque année son capital au lieu d'avoir à le rembourser en bloc à l'échéance.

— Il y a un troisième avantage celui-là pour l'emprunteur, c'est que la société de Crédit Foncier dispose de

1. On tire au sort les obligations qui doivent être remboursées.

moyens d'actions contre le débiteur qui ne paye pas, beaucoup plus rapides et économiques que les procédures du droit commun.

Tout d'abord la société peut se mettre en possession de l'immeuble grevé, en percevoir les fruits qu'elle emploie à payer les annuités échues; droit qui n'existe pas pour un autre prêteur.

La société de plus jouit pour la saisie immobilière d'une procédure particulière, plus simple, plus rapide et moins coûteuse que la procédure ordinaire.

Le créancier qui veut faire vendre un immeuble hypothéqué pour se faire payer une dette sur le prix de cet immeuble commence par saisir, ensuite il vend, enfin il ouvre un ordre et se fait colloquer dessus.

La saisie est compliquée : il faut d'abord une signification du titre exécutoire ; puis un commandement ; un procès verbal de saisie, 30 jours au moins, 90 jours au plus après le commandement ; une dénonciation de la saisie au saisi, dans la quinzaine ; une transcription de la dénonciation de la saisie dans la quinzaine ; un dépôt au greffe du cahier des charges dans les vingt jours, sommation au saisi de prendre connaissance du cahier des charges dans la huitaine ; mention de cette sommation en marge de la transcription, dans la huitaine; publication du cahier des charges dans les trente jours au moins, quarante jours au plus ; insertion dans un journal quarante ou vingt jours avant l'adjudication, affichage.

Cette procédure peut durer plus de six mois !

Pour le crédit foncier la saisie est plus simple. Point de procès verbal de saisie, pas de publication du cahier des

charges. Il faut : 1° un commandement au débiteur : 2° transcription de ce commandement ; 3° dépôt du cahier des charges ; 4° à défaut de paiement dans les quinze jours, il est fait, dans les six semaines qui suivent, la transcription du commandement six insertions dans l'un des journaux indiqués par l'article 42 du Code de commerce et deux appositions d'affiches à quinze jours d'intervalle.

Quinze jours après ces formalités il est procédé à la vente aux enchères.

La vente a eu lieu ; l'immeuble a été adjugé : le créancier hypothécaire vient réclamer le paiement de sa dette, il devra attendre qu'un ordre amiable ou judiciaire ait réglé le rang des divers créanciers. La société de Crédit Foncier au contraire touche son prix avant l'ordre.

Ainsi le créancier ordinaire ne touchera son prix que plus de six mois peut être après qu'il aura poursuivi l'expropriation de son débiteur, la société l'aura touché en deux mois.

Elle est donc à ce point de vue dans une situation bien meilleure que le créancier hypothécaire du droit commun.

Est-ce là le seul avantage de la lettre de gage sur le titre hypothécaire ordinaire ? Non.

On sait combien il est difficile de céder une créance hypothécaire ! La lettre de gage au contraire circule facilement. Ici nous sommes ramenés au cœur de notre sujet : la lettre de gage est un titre hypothécaire qui circule, c'est le crédit foncier mobilisé.

— Un titre en effet est mobilisé lorsque trois conditions sont remplies ;

1° Il faut que sa valeur soit certaine.

2° Il faut qu'il ait une forme qui facilite les transmissions;

3° Il faut que sa circulation soit économique.

Premier point, tous les précédents développements ont eu pour but de montrer comment on s'était efforcé de l'atteindre : législation hypothécaire spéciale, organisation de la société du crédit foncier français, procédure rapide de réalisation du gage.

Il faut que le titre ait une forme qui en facilite la transmission ; la lettre de gage répond à cette seconde condition : elle est nominative ou au porteur et se transmet par un endossement ou par une remise de la main à la main.

Enfin la lettre de gage satisfait au troisième point car elle est assimilée au point de vue de la transmission aux effets de commerce et pas aux créances civiles.

— Une difficulté nous reste à examiner. La lettre de gage est-elle un titre hypothécaire?

Cette question renferme deux points discutés : 1° le porteur d'une lettre de gage a-t-il le droit de se faire payer de préférence à tout autre créancier de la société du Crédit Foncier, sur la valeur des immeubles hypothéqués pour garantir les prêts consentis ; 2° en second lieu, si cette première question est résolue dans le sens de l'affirmative cette seconde se présente : son droit est-il un droit hypothécaire ou un privilège mobilier.

1° Le porteur d'une lettre de gage a droit d'être payé de préférence à tout autre créancier de la société sur l'ensemble des immeubles hypothéqués.

On peut invoquer, contre cette opinion, la grande règle que les biens d'un débiteur sont le gage commun de tous

ses créanciers ; le porteur d'une lettre de gage n'est qu'un créancier de la société : en effet l'art. 17 du décret de 1852 ne lui donne une action que contre la société ; et lui refuse toute action contre les propiétaires d'immeubles hypothéqués, pourquoi donc serait-il préféré aux autres créanciers ?

La jurisprudence (1) et la majorité des auteurs (2) repoussent ce système pour les raisons suivantes.

1° La volonté du législateur est évidente :

Tout d'abord le nom de lettre de « gage » qu'ils donnent au titre, indique clairement qu'il y a une sureté attachée à ce titre ; or en quoi consisterait ce gage, sinon dans les hypothèques consenties pour garantir les prêts ?

De plus dans l'explication du décret du 28 février, publié le 9 mars 1852 au *Moniteur Officiel* se trouvent ces mots : « ces titres garantis par une hypothèque produi- « sent intérêts et sont négociables sans frais. »

Dans une circulaire du ministre de l'intérieur du 15 avril 1852 on lit : le moyen proposé « c'est l'émission d'un titre représentatif à l'aide duquel le gage immobilier puisse circuler facilement et devenir la contre valeur d'échanges de toute nature.

2° Dans la loi du 6 juillet 1860 se trouve cette disposition : « les créances provenant des prêts hypothécaires « demeurent affectées par privilège au paiement des obli- « gations créées en représentation de ces prêts » et cette

1. Dijon, 16 août 1861 (S 61, 2, 643) ; Limoges, 17 mai 1865 (S 65, 2, 169) ; Trib. de com. de la Seine, 31 mai 1880 (D 81, 3, 38).

2. Josseau, *Traité du crédit foncier*, 1, 347 ; Dalloz, V. société de crédit foncier, n° 90.

disposition est expliquée par l'exposé des motifs de la loi : « les obligations ont été prises, dit-il, sur la foi qu'elles « étaient garanties par des créances hypothécaires, il faut « leur laisser intégralement leur gage. »

Il semble donc bien démontré que les porteurs de lettres de gage doivent être remboursés de préférence à tous sur le prix de vente des immeubles.

II. — *Peut-on dire qu'ils ont un droit hypothécaire?*

Nous le croyons : en effet les textes que nous avons cités plus baut sont favorables à notre opinion : ils parlent de titres « garantis par hypothèque ; d'obligations garanties par des créances hypothécaires »

De plus il semble bien qu'il y ait là deux opérations faites l'une pour l'autre, concession d'hypothèque d'un côté, prêt d'argent de l'autre, ce qui prouve bien la corrélation de ces deux opérations, c'est que le législateur règle l'émission des lettres de gage sur le montant des prêts.

Enfin l'article 6 de la loi du 6 juillet 1860 donne aux obligataires le droit d'être payés de préférence aux autres créanciers sur le prix des immeubles hypothéqués : Je suppose que la Société du Crédit Foncier se liquide ou fasse faillite ; quelques emprunteurs ne paient pas ce qu'ils doivent ; les immeubles qu'ils ont hypothéqués sont vendus ; les porteurs de lettres de gage seront payés par préference à tout autre créancier sur le prix de ces immeubles.

Voilà les arguments qui nous semblent décisifs en faveur de l'opinion que nous avons émise.

M. Matagnon (1) soutient un autre système; « le « porteur, de la lettre de gage, dit-il, n'a pas une hypo- « thèque mais un privilège; il ne porte pas sur les im- « meubles hypothéqués à la société mais sur les créances « de la société. »

En effet, dit-il, chaque obligataire n'a point une hypothèque sur le bien du propriétaire auquel son argent a été prêté; cela est hors de doute.

La masse des obligataires n'a pas non plus une hypothèque sur la masse des immeubles des emprunteurs, car l'inscription hypothécaire est prise au nom de la société; elle ne peut agir contre les emprunteurs ni directement, ni indirectement : « les porteurs d'obligations n'ont pas « d'autre action pour le recouvrement des capitaux et « intérêts exigibles que celles qu'elles peuvent exercer « directement contre la société » (art, 17, décret de 1852).

Ils n'ont donc pas une hypothèque; qu'ont ils donc? un droit d'être payés de préférence aux autres créanciers sur les créances de la société : l'art. 6 de la loi de juillet 1860 le dit formellement : « Les créances provenant des prêts « hypothécaires demeurent affectées *par privilège* au paie- « ment des obligations créées en représentation de ces prêts. »

Ces arguments de M. Matagnon sont très judicieusement déduits et en théorie la question que nous étudions est insoluble : Nous nous trouvons en face de textes contradictoires, d'une part l'explication très précise de la vo-

1. *Traité sur les sociétés de Crédit foncier*, p. 309.

lonté du législateur dans le Moniteur Officiel du 9 mars 1852 de l'autre cet article de la loi de juillet 1860.

En pratique la question est toute tranchée : un seul intérêt y est attaché ; le point de savoir si les lettres de gage seront assimilées aux valeurs hypothécaires, pour les cas où le législateur ordonne le placement de fonds en pareilles valeurs : la jurisprudence d'une manière unanime décide que oui, les tribunaux considèrent les lettres de gage comme des titres hypothécaires véritables, ou comme des titres qui doivent y être assimilés : « peut-« être ne peut-on point la considérer comme un verita-« ble titre hypothécaire dans le sens légal et absolu du « mot, dit le tribunal de commerce de la Seine (jug. (1) « 31 mai 1880. D. 81, 3, 38), elle offre néanmoins les « mêmes suretés et donne les mêmes droits de préférence « que l'hypothéque directement obtenue ». Cette opinion du tribunal de commerce de la Seine nous parait être la meilleure réponse à notre question . L'obligation foncière, qu'elle soit ou qu'elle ne soit pas un titre hypothécaire n'en n'est pas moins un titre garanti par la valeur d'un immeuble et facilement transmissible et par conséquent une mobilisation du crédit foncier.

Les services rendus par les sociétés de crédit foncier sont immenses : en Allemagne, Pologne, Autriche, Belgique, les associations ont pris un très grand développement.

En France la société du Crédit Foncier a rendu de grands services. Les obligations foncières sont recherchées des capitalistes ; le loyer de l'argent a été considérable-

1. Voir les arrêts plus haut.

ment baissé : de 7, 8 0/0 le taux de l'intérêt a été ramené à 3 0/0. L'emprunteur qui contracte un emprunt de 40 ans paie une annuité de 4, 45 0/0 représentant l'intérêt et l'amortissement du capital, le droit de commission compris.

Le crédit foncier a réalisé des prêts considérables et son champ d'action s'étend de plus en plus.

— Mais le décret de 1852 est-il le dernier mot du législateur sur la difficile question du crédit foncier ? Nous ne le croyons pas : ses réformes ont eu un excellent résultat, mais il est possible d'aller plus loin. L'intérêt de l'argent dans les prêts fonciers a été descendu à 3 0/0 : ne peut-on pas le diminuer encore. Deux choses sont encore la cause de frais inutiles que l'on pourrait éviter : 1° l'intervention des notaires dans l'acte d'engagement hypothécaire ; 2° l'imperfection de notre régime de publicité hypothécaire.

1° L'intervention des notaires : nous ne comprenons plus le rôle des notaires dans les cas présents. Dans notre ancien droit tout acte notarié entraînait hypothèque ; plus tard dans une idée de protection de l'emprunteur on exigea la présence de deux notaires pour une concession d'hypothèque ; mais aujourd'hui on n'a plus peur de l'hypothéque, on la considère comme un moyen de crédit ; pourquoi l'entraver ? la rendre coûteuse ? est-ce que la rédaction de l'acte est délicate ? mais la société de crédit foncier ne serait-elle pas capable de présider à cette rédaction ? est-ce que l'on craindrait une fraude ? mais la société de crédit foncier n'est pas un usurier contre lequel il faut se prémunir ; une banque a tout intérêt à être

loyale; d'ailleurs libre à qui voudrait de se faire assister.

Voilà une première diminution de frais qu'il serait facile de faire.

2° L'imperfection de notre régime hypothécaire rend difficile les recherches nécessaires pour établir la situation juridique des immeubles.

Le décret de 1852 donne aux sociétés de crédit foncier la possibilité d'établir cette situation, ce qu'aucun autre prêteur hypothécaire ne pourrait faire, mais la tâche n'en n'est pas moins difficile et coûteuse. Il faut établir la propriété, rechercher les droits réels établis sur l'immeuble, purger l'hypothèque légale, faire procéder à des expertises etc...

Le remède à cet état de choses c'est la réforme de notre système de publicité hypothécaire, c'est comme nous l'avons dit dans la première partie de cette étude, l'introduction chez nous du livre foncier avec la publicité réelle et de la foi due à l'inscription.

Il y a une troisième cause d'élévation du taux de l'intérêt dans les prêts consentis par le Crédit Foncier, c'est l'intervention du Crédit Foncier lui-même : les soins qu'il prend de vérifier la valeur des propriétés, les frais de rédaction d'actes, les démarches pour les inscriptions, les purges, les expropriations. En un mot c'est un intermédiaire qu'il faut payer.

Si notre législation hypothécaire était transformée, si une nouvelle loi rendait publique la situation des immeubles, et diminuait les difficultés des expropriations, il suffirait de créer un titre hypothécaire transmissible par endossement pour que le propriétaire put emprunter plus

économiquement que par l'intermédiaire du crédit foncier· Si l'on arrivait à ce résultat on aurait réalisé le problème de la mobilisation du sol.

Si une pareille transformation était faite dans notre législation la société de Crédit Foncier français disparaîtrait-elle? Non: son rôle serait changé, voilà tout: au lieu de créer des titres hypothécaires elle escompterait ceux qui lui seraient présentés. Elle serait pour les titres hypothécaires ce qu'est la Banque de France pour les effets de commerce?

III. — *Cédules hypothécaires, dettes foncières, Handfesten.*

Nous arrivons au troisième groupe de systèmes : il faut affranchir l'hypothèque des liens qui l'enchaînent; pour la faire circuler, il faut la rendre indépendante de la créance; elle naîtra quand on jugera commode de la créer; elle se transmettra par un endossement ou par tout autre procédé qui semblera pratique.

Voilà l'idée. Comment peut-elle être réalisée ; quel sera le meilleur procédé à employer ?

1° *Les cédules hypothécaires.*

— Les cédules hypothécaires ont été imaginées par la loi révolutionnaire du 9 messidor an III (1).

La loi de messidor an III est un code hypothécaire entier: aucune loi n'a été plus calomniée que celle-là,

1. Cette loi n'a jamais été appliquée, elle a été suspendue successivement par les lois du 30 vendémiaire an IV, 26 frimaire an IV, 19 prairial an IV, 24 thermidor an IV, 28 vendémiaire an V.

et jusqu'à il y a très peu d'année on n'en parlait que pour l'accuser d'ébranler la propriété et de ruiner les familles. Une loi était jugée lorsqu'on disait d'elle qu'elle ramenait au système de cédules.

Depuis quelques années on a étudié la loi de messidor an III avec plus de sang froid et moins de parti pris. Les anciens auteurs, nous ne saurions trop le répéter redoutaient l'hypothèque comme une cause de ruine; aujourd'hui on cherche à l'utiliser comme un instrument de richesse et on n'a point d'appréhension de la voir circuler. L'on a reconnu qu'il y avait dans la cédule une idée très ingénieuse; il y a même lieu de se demander si ce n'est pas dans l'établissement de cédules que se trouve la solution du problème de la circulation des créances.

Pourquoi donc la cédule a-t-elle tant effrayé certains auteurs (2)? Pour trois raisons : 1° la cédule était un acte sous seing privé. Un titre hypothécaire sous seing privé! une hypothèque concédée sans l'intervention des notaires! C'est encourager l'hypothèque, c'est retirer au propriétaire qui veut engager sa terre la protection d'un conseil éclairé et d'une lenteur de procédure.

2° La cédule peut-être faite avant qu'il n'existe de dette. « L'hypothèque précédait l'obligation, s'écrie Troplong (1)! « Elle avait date avant le besoin et par conséquent le « faisait naître, elle le poussait jusqu'à l'excès. Un hom- « me qui n'avait aucune dette mais qui pour des spécu- « lations d'agiotage de jeu! plutôt que pour des projets « honnêtes voulait se procurer un crédit d'un instant

1. V. Troplong. priv. et hyp. pref. V.
2. *Commentaire de la vente*, n° 906.

« pouvait briser toutes les barrières que le droit civil « met aux dispositions abusives de la propriété foncière. »

3° La cédule se transmet par un simple endossement Cette circulation du titre hypothécaire a été longtemps considérée comme un danger pour la fortune publique !

— Il est difficile de se mettre d'accord lorsqu'on part de points de vue aussi diamétralement opposés; ce sont justement ces trois règles de la cédule qui ont tant inquiété les auteurs qui nous semblent être de précieuses qualités. Nous ne chercherons donc point à réfuter les accusations de Troplong; nous nous contenterons de rechercher si au point de vue de nos idées actuelles la cédule est une bonne chose; nous étudierons en premier lieu l'économie générale de la loi de Messidor an III, en second lieu le mécanisme de la cédule telle qu'elle a été organisée par cette loi; enfin nous chercherons à distinguer ce qu'il y a de bien et ce qu'il y a de mal dans ce système qui a au moins le mérite de la nouveauté et de l'originalité.

— La loi de Messidor an III commençait par établir deux principes qui aujourd'hui sont admis dans tous les codes.

1° publicité de la transmission de la propriété immobilière.

« Art. 105. En toute expropriation volontaire, onéreu- « se ou à titre gratuit celui au profit duquel elle est con- « sentie ne peut devenir propriétaire incommutable des « biens territoriaux qui en sont l'objet que sous les deux « conditions suivantes :

« 1° de notifier et déposer expédition de son contrat « dans le mois de sa date, a chaque bureau de la con-

« servation des hypothèques dans l'arrondissement du-
« quel les biens sont situés.

« 2° de payer et d'acquitter dans le cours du mois sui-
« vant toutes les créances et cédules hypothécaires ayant
« une date antérieure..... »

Sous ce premier rapport la loi de Messidor an III est supérieure au Code Civil qui jusqu'en 1855 admettait la clandestinité des transmissions de la propriété immobilière.

2° publicité des hypothèques.

Art. 3. « Il n'y a d'hypothèque que celle résultant d'ac-
« tes authentiques inscrits dans des registres publiques ou-
« verts à tous les citoyens. Seules les actes authentiques
« et les jugements entraînent hypothèque. »

Ce second principe est un grand progrès sur la législation antérieure. La loi de Messidor est la première qui ait posé en France la nécessité de l'inscription pour l'hypothèque.

Malheureusement la spécialité de l'hypothèque n'était pas exigée. « Le créancier peut prendre inscription sur
« tous les biens du débiteur et l'hypothèque inscrite dans
« un arrondissement porte sur tous les biens présents et
« à venir de l'obligé ou condamné (art. 26).

Point d'hypothèque occulte de la femme, du mineur, de l'interdit.

— Arrivons à l'idée la plus originale, la création la plus importante de la loi : la cédule.

La cédule est un titre sous seing privé ainsi rédigé.

Au.... l'an..... préfix je soussigné..... âgé de.... demeurant à..... m'oblige de payer à ce domicile, sur la

valeur de mes biens territoriaux à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de..... en monnaie correspondante au marc d'argent fin : valeur reçue de la même manière.

A.... ce..... l'an de la République française une et indivisible.

Suivent la désignation des immeubles hypothéqués et leur valeur. Aú verso des formules d'endossement et de clause à ordre ; la cédule se transmet par un simple endossement.

Une inscription d'hypothèque est prise, le titulaire de cette inscription doit en bénificier. On constate cette inscription sur un titre transmissible par endossement, chaque nouvel endosseur sera le titulaire de l'inscription et par conséquent en bénéficiera. C'est ainsi que l'hypothèque passera fecilement de main en main. L'endossement de la feuille de papier qui constate l'hypothèque transmet le droit d'hypothèque art. 36, 2° « Cette cédule « hypothécaire est transmissible par voie de l'endosse- « ment à ordre : elle forme un titre exécutoire contre « le citoyen qui l'a souscrite au profit de celui à l'ordre « duquel elle est passée. »

La cédule peut se créer d'avance :

Art. 36 « Tout propriétaire de biens et droits suscep- « tibles d'hypothèques a la faculté de prendre hypothè- « que sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut « excéder dix ans, par la voie des cédules hypothécaires « jusqu'à concurrence néanmoins des 3/4 de la valeur « capitale ou prix vénal de ses biens désignés dans la

cédule y compris le montant des hypothèques dont ils sont déjà grevés.

La cédule peut également s'éteindre avant la créance : elle meurt d'elle-même au bout de dix ans au plus (article 36).

Mais d'autre part elle est accessoire de la dette. En effet : 1° tant qu'elle reste dans le portefeuille du propriétaire elle n'existe pas vis-à-vis des tiers ; elle est toute prête à être utilisée ; mais, tant qu'elle n'est pas mise en circulation, elle ne vit pas. D'ailleurs il faut faire remarquer que le jour où elle sera endossée à un créancier, elle datera du jour où le propriétaire a adressé sa demande en inscription de cédule au conservateur (1) (art. 79) ; 2° L'hypothèque cédulaire ne se cède pas sans la créance. L'un et l'autre adhèrent ensemble ; céder une cédule c'est céder à la fois une créance et une hypothèque ; 3° Lorsque la cédule est payée elle est biffée et annulée.

Quel est le mécanisme de la création des cédules ? Ici nous touchons au point faible du système. Dans le but de donner une entière sécurité aux porteurs de cédules, la loi de Messidor a exigé des formalités compliquées et impuissantes, des garanties injustes et illusoires qui rendent le régime absolument impraticable.

Celui qui veut créer des cédules sur ses biens s'adresse

1. Une difficulté se présentait ici. Les hypothèques ordinaires inscrites dans le mois rétroagissaient au jour de leur création. Les cédules couraient donc le risque d'être primées par des hypothèques concédées avant elles. L'art. 78 ordonna que le conservateur ne pourrait délivrer des cédules que un mois après la réquisition, mais la cédule rétroagissait au jour de la réquisition

au conservateur. Il dépose une déclaration foncière de ses biens et doit en justifier le contenu, art. 38, sans pouvoir à cet effet se servir de la déclaration de son auteur.

Chaque déclaration foncière contiendra : (art. 15, 2° loi de Messidor an III) ; « 1° les noms, prénoms, âge et lieu « de naissance, profession et domicile du propriétaire.

« 2° La description de chacun des biens territoriaux « en situation, nature, etc....

« 3° La valeur de chacun de ces biens en revenu et « capital.

« 4° Origine de la propriété.

« 5° Prix d'acquisition.

Le conservateur examine la déclaration foncière, ce qu'il doit faire avec le plus grand soin car il est responsable de l'évaluation qu'il donne de la propriété, comme nous le verrons tout à l'heure : le requérant doit mettre à sa disposition (art. 43) ses titres de propriété, baux à loyer, à ferme, à emphytéose, derniers procès verbaux d'estimation ou d'expertise et autres documents qui servent de base à la déclaration foncière, l'extrait du rôle de la contribution foncière des biens en un mot tout ce qui peut éclairer le conservateur sur la valeur de la propriété.

Dans les dix jours le conservateur répond s'il conteste ou s'il ne conteste pas la déclaration foncière du requérant.

1° S'il ne conteste pas il rédige la cédule, sur une feuille à souche ; il la détache de la souche originale, la fait enregistrer et la remet au requérant. La souche il l'envoie au bureau de conservation générale.

Le propriétaire n'obtient de cédules que jusqu'à con-

currence des trois quarts de la valeur qu'il a fixée d'accord avec le conservateur.

2° Si le conservateur conteste.

(*a*). — Parce que le requérant ne justifie pas suffisamment de son titre de propriété : article 47 : « le requérant « sera tenu de rapporter au conservateur des hypothèques « un certificat de papier timbré, signé du corps municipal « de la situation des biens, justifiant qu'on le reconnaît « publiquement pour en être propriétaire, sinon caution « hypothécaire jusqu'à concurrence de la valeur capitale « des biens dont la propriété est douteuse. »

(*b*). — La valeur de la propriété paraît excessive au conservateur. On procède alors à une expertise; des experts sont choisis pour trancher le débat, un par le requérant, l'autre par le conservateur : en cas de partage, un troisième est désigné.

Si l'expertise donne raison à l'estimation du conservateur, tous les frais en sont payés par le requérant : si elle donne raison au requérant le conservateur paie un quart et le trésor les trois autres quarts des dépens.

Les cédules sont enfin délivrées au requérant pour les trois quarts du prix fixé par les experts.

Elles ont toutes la même date, elles ne sont point préférables l'une à l'autre. La valeur de l'immeuble est considérée comme absolue, les cédules ont une valeur absolue; on estime que toutes les cédules peuvent être entièrement payées sur le prix de l'immeuble; si ce prix n'est pas suffisant le conservateur devra payer sur sa fortune personnelle; le conservateur est garant du paiement des cédules.

Voilà la pierre d'achoppement du système :

Le législateur de l'an III a cru qu'en faisant constater et garantir officiellement la valeur de la cédule, il allait donner à cette cédule un prix parfaitement déterminé, et qu'en conséquence elle circulerait comme une véritable monnaie. Il s'est trompé ; les procédés qu'il emploie sont tout d'abord particulièrement médiocres ; ensuite le but qu'il poursuit est une chimère ; enfin les mesures qu'il prescrit non-seulement n'auront pas l'effet qu'il en attend, mais encore elles en auront un autre qui sera désastreux pour la propriété foncière.

Personne ne niera que l'expertise soit un moyen lent, coûteux et peu sûr d'évaluer une propriété ; lent et coûteux cela est évident ; peu sûr : dans le cas qui nous occupe cela est bien clair, car il y aura certainement trois prix différents qui seront émis ; l'expert du requérant fixera un prix élevé ; l'expert du conservateur un prix très bas ; le troisième seul décidera. Peut-être cette institution eut-elle fini par rendre les services qu'on en attendait : « Les fonctions d'experts, dit M. Challamel (1), celles d'ex-
« perts de la conservation des hypothèques et de tiers
« experts surtout eussent été sans aucun doute le mono-
« pole de quelques personnes qui en auraient fait profes-
« sion et qui seraient assez promptement devenues des
« consultants. »

La garantie du conservateur est illusoire et injuste. Qu'est-ce en effet que la fortune personnelle et le cautionnement d'un conservateur des hypothèques relativement

1. Thèse de doctorat, p. 38.

au nombre de cédules qui peuvent être crées? Trouverait-on d'ailleurs des fonctionnaires disposés à supporter une pareille responsabilité, sans même courir la chance de gros profits? Enfin est-il même juste de « stimuler le zèle des fonctionnaires » par des moyens aussi énergiques, lorsqu'il s'agit de pareilles garanties?

D'ailleurs c'est une erreur de croire qu'il est possible d'évaluer une propriété foncière d'une façon certaine, même en laissant dans cette estimation une marge du quart du prix.

La valeur d'une chose varie suivant l'offre et la demande de cette chose. Si beaucoup d'acquéreurs se présentent, le prix monte; si au contraire beaucoup de ces choses s'offrent, et que peu de demandeurs se présentent, le prix baisse. Il ést donc impossible de dire : tel immeuble vaut tant, et dans dix ans, sa valeur n'aura pas diminué. Telle propriété qui aujourd'hui trouverait dix acquéreurs, demain n'en trouvera pas un seul.

Un exemple bien frappant de cette vérité économique que personne ne conteste plus, est ce qui s'est passé pour les assignats. Les immeubles garantissant la dette de l'État avaient une valeur supérieure à la masse des assignats, en ce sens que, si l'on s'était trouvé dans la même situation qu'à l'époque où l'estimation en fut faite, si au lieu d'offrir au public en bloc une masse considérable d'immeubles on n'en avait offert qu'une partie, le prix de la vente aurait été supérieur à la masse des assignats. Mais le public n'ayant point confiance dans les évènements, n'ayant point d'argent par suite de la crise économique amenée par la situation, ne se souciait point ou ne pou-

vait pas acheter de terres, les biens en vente n'avaient plus de valeur puisque personne n'en voulait ; l'évaluation de 1790 était donc erronée.

On ne peut pas, par conséquent, faire préciser la valeur d'un immeuble. Il faut laisser faire le prêteur qui fixera mieux qu'un expert le degré de confiance qu'il doit avoir dans un immeuble ; au lieu d'avoir des cédules qui toutes sont sur le même rang et doivent toutes être intégralement payées sur le prix de la propriété foncière, il vaut cent fois mieux avoir des cédules qui se suivent ; la première étant payée avant la seconde, la seconde avant la troisième. Le prêteur sera juge de décider s'il doit avoir confiance dans la troisième ou s'il exigera d'être garanti par la première.

Les mesures prises par la loi de messidor auront de plus un effet désastreux ; elles amèneront un avilissement général des terres. Le conservateur garant des estimations les fera toujours au plus bas prix ; ces expertises et contre expertises évalueront toujours les immeubles au minimum de leur valeur pour diminuer autant que possible le nombre des cédules à accorder.

Cette garantie, ces expertises sont des vices de construction qui rendent tout l'édifice de la loi de messidor an III instable ; ces erreurs proviennent du but que s'était assigné le législateur en créant ces cédules.

La loi de Messidor an III ne cherche pas à créer un titre hypothécaire qui circule, elle veut avoir une monnaie, un médium d'échange ; elle n'entend pas relever le crédit de la terre mais mettre en circulation la quantité de monnaie nécessaire aux échanges ; elle ne répond pas



à un besoin particulier mais à un intérêt général. Le numéraire se cachait, les assignats étaient dépréciés ; il fallait d'une part retirer les assignats dont le public ne voulait plus, d'autre part remplacer dans la circulation le numéraire qui ne se montrait pas et que l'on croyait sorti du pays. On imagina de créer un nouveau papier qui serait la cédule (1).

La loi de messidor an III est donc une mesure financière et non pas une mesure juridique, c'est là son défaut.

Terminons l'exposé de la théorie des cédules en disant qu'à l'échéance, la réalisation en est rapide : aussitôt leur présentation à l'ordre, le juge de paix délivrera pour les acquitter les mandats nécessaires ; elles ne sont pas comme les autres hypothèques soumises à un délai d'un mois, à partir de l'adjudication, avant d'être payées ; enfin elles s'éteignent par la radiation : une fois acquittées elles doivent être biffées et annulées par le conservateur après avoir été vérifiées et comparées à leur souche originale.

La loi de messidor a le grand tort, comme nous l'avons montré plus haut d'avoir voulu créer du papier monnaie et cela est d'autant plus regrettable que si la cédule est une détestable monnaie elle serait un excellent titre hypothécaire.

Supprimez la garantie du conservateur, supprimez les expertises, donnez un numéro d'ordre aux cédules et au

1. La cédule ne porte pas intérêt ; elle ne peut donc pas être gardée comme valeur de portefeuille, elle est destinée à circuler.

lieu de les laisser se présenter sur le même rang, faites qu'elles se suivent, déclarez enfin que la cédule portera intérêt et vous aurez mobilisé le titre hypothécaire.

La cédule peut se créer d'avance de sorte que le propriétaire aura toujours à sa disposition un titre hypothécaire pour quand il aura besoin d'argent ; il lui suffira de prendre dans son portefeuille une cédule qu'il endossera à son prêteur ; ce prêteur aura entre les mains un titre qui lui donnera un intérêt tant qu'il le gardera et qu'il cédera facilement quand il voudra retrouver son argent. La création de la cédule sera économique, car l'intervention du notaire ne sera pas exigée, et l'expertise non plus ; la circulation sera facile (elle se fera par endossement ou par simple remise) et économique.

Le propriétaire foncier pourra ainsi engager quand il voudra, grâce à un titre qui aura tout ce qui peut plaire aux prêteurs et rendre les prêts à bon marché, son capital immobilier.

La loi de Messidor an III a donc eu une conception des plus ingénieuses, qui habilement mise en pratique relèvera le crédit foncier.

Deux systèmes nous restent à examiner : le bon foncier prussien, la *yandfeste* de Brême. Nous trouverons souvent des analogies entre ces titres et la cédule. La *handfeste* a surtout une grande ressemblance avec la cédule nous indiquerons les supériorités réciproques de l'une sur l'autre, et nous chercherons à établir que, si la législation de Brême, comme la loi de messidor an III, est impraticable, c'est en prenant les idées dans l'une et

dans l'autre qu'on arriverait à créer le titre hypothécaire répondant le mieux aux besoins du crédit.

2°.— *Les bons fonciers.*

Les législations qui admettent le principe de la légalité peuvent avec une grande facilité mobiliser les titres hypothécaires. Les hypothèques inscrites existent à l'égard de tous : aucun doute ne peut donc s'élever sur leur validité.

Le juge chargé des inscriptions après avoir inscrit sur son registre une hypothèque, constate cette inscription sur une feuille volante tranmissible par endossement nominatif, endossement en blanc, simple tradition ou tout autre mode de cession suivant que le législateur voudra le titre hypothécaire plus ou moins mobile ; celui qui détiendra légalement ce titre aura une hypothèque.

Ce que nous devons étudier ce sont les procédés que les différentes législations emploient pour rendre le titre mobile.

— L'act Torrens a le système le moins perfectionné : celui qui veut concéder une hypothèque prend une formule de contrat d'hypothèque dont il remplit le blanc et il l'envoie avec son certificat de titre au *registrar*. Celui-ci inscrit l'hypothèque sur son *registre matrice* et sur le certificat de titre, il enregistre le contrat d'hypothéque et rédige un acte de concession d'hypothèque, il renvoie enfin le tout au propriétaire. Le titre hypothécaire se transmet, par un memorandum de transfert, soit par un simple endossement au

dos de l'acte en faisant certifier la signature. Mais à chaque cession, il faudra envoyer le titre hypothécaire au *registrar general* pour qu'il inscrive le transfert sur son registre : on pourra même demander au propriétaire son certificat de titre et l'envoyer avec l'acte hypothécaire au *registrar general* pour qu'il mentionne la cession dessus.

Ce système est très primitif en comparaison de celui de la loi de Messidor an III et de ceux que nous allons étudier, des lois Prussiennes et de la loi de Brême.

« Robert Torrens était très fier de son système hypothé-« caire, dit M. Gide (1)..., mais peut-être aurait-il été « moins satisfait de son œuvre s'il avait connu les dispo-« sitions aussi ingénieuses que hardies d'une loi française, « mort née il est vrai, le décret du 9 messidor an III, « ou ce qui lui aurait été plus facile les dispositions d'une « loi de la ville de Brême sur les *handfesten*... »

L'hypothèque ainsi créée et transmise est l'hypothèque telle qu'elle existe dans notre Code ; elle est l'accessoire de la créance, elle ne circule qu'avec la créance, elle ne peut pas naître avant ni s'éteindre après elle : Aucune disposition particulière ne facilite donc la transmission des hypothèques ; l'hypothèque a les mêmes caractères qu'en droit français et la cession de créances exige des formalités qui se valent.

— Lois prussiennes de 1872. La loi prussienne elle aussi admet l'hypothèque accessoire de la créance : le bon hypothécaire est le titre qui la constate.

Le bon hypothécaire est délivré par le juge conservateur et il se transmet par endossement.

1. Act Torrens. p. 24.

A côté de ce titre la loi Prussiennne en crée un autre le bon foncier. L'hypothèque, a-t-elle pensé, avec ses caractères de chose accessoire, dépendante comme elle l'est de la créance ne peut pas avoir la mobilité désirable; il faut donc la modifier: il faut lui donner une vie à elle, il faut la rendre indépendante de la créance. C'est dans ce but que la loi de 1872 a créé la dette foncière: *grundschuld*, qui est constatée sur un bon foncier: *grundschuldbrief*.

Il y a peu de différences au point de vue de la facilité de transmission entre le bon hypothécaire et le bon foncier, (Il en existe pourtant que nous verrons) en ce sens que la formalité nécessaire pour céder l'un ou l'autre est l'endossement; ce qui est destiné à donner de la mobilité au titre c'est la nature de la sureté qu'il transmet. Autrement dit c'est sur les caractères de l'hypothèque et non sur la forme du titre qui la constate que la réforme Prussienne a porté.

— Quelles sont donc les différences entre l'hypothèque et la dette foncière ?

Le principe est celui-ci : l'hypothèque est l'accessoire de la créance qu'elle garantit, la dette foncière est indépendante.

De cette idée générale découlent plusieurs conséquences !

1° L'hypothèque ne peut pas circuler seule, la dette foncière le peut. Le bon hypothécaire est joint matériellement au titre qui constate l'obligation ; le bon foncier peut être négocié seul, même s'il a été créé pour garantir une dette. Art. 52. « L'hypothèque ne pourra être cé-

« dée que conjointement avec l'obligation personnelle
« qu'elle garantit. La dette foncière fut-elle établie pour
« sûreté d'une obligation personnelle, pourra être cédée
« sans cette obligation, mais en ce cas cette obligation
« s'éteindra. »

Ainsi, non seulement la dette foncière peut circuler seule, mais encore à l'échéance si elle est payée l'obligation qu'elle garantissait est éteinte. Je m'explique.

Une dette foncière est donnée à un créancier pour sûreté d'une obligation; ce créancier cède la dette foncière, sans céder la créance. L'échéance arrive, il ne pourra point se faire payer sans produire le bon foncier; le porteur du bon foncier, au contraire, sera désintéressé. Au lieu que la dette foncière soit l'accessoire de la créance, c'est donc la créance qui est l'accessoire de la dette foncière.

2° L'hypothèque oblige non seulement l'immeuble engagé mais encore le patrimoine entier du débiteur. La dette foncière n'oblige que l'immeuble. Dans le premier cas il y a un double débiteur, le débiteur lui-même et son immeuble hypothéqué, dans le second cas il n'y a qu'un débiteur, c'est l'immeuble. Le porteur d'une dette foncière s'il n'est pas désintéressé sur le prix de l'immeuble n'aura pas de recours contre le propriétaire.

3° Lorsque la dette foncière est constituée pour garantir une obligation, les causes qui vicient l'obligation n'ont point d'effet sur la dette foncière, elles atteignent au contraire l'hypothèque, art. 38, 1re loi. « En cas de dette foncière les seules exceptions qu'on puisse opposer à l'action réelle sont 1° : » celles qui proviennent de rapports directs

« entre le défendeur et le demandeur actuel; 2° celles qui « se fondent sur le bon foncier lui même; 3° celles qui « dérivent des faits dont le demandeur a eu connaissance « lorsqu'il a acquis son droit. »

Deux causes peuvent influer sur l'existence d'une hypothèque. Les vices de l'obligation, les vices de l'inscription.

Les vices de l'obligation ne sont point opposables au bon foncier: je suppose une hypothèque régulièrement inscrite, mais consentie par une personne qui, à tort, se croyait débitrice d'une autre, l'hypothèque pourra être attaquée. (1) Si au lieu d'une hypothèque c'était une dette foncière qui avait été concédée, cette dette foncière ne pourrait pas être contestée.

Le bon foncier n'est attaquable que s'il y a irrégularité dans l'inscription ou dans la forme du bon lui-même à condition encore que le tiers soit de mauvaise foi.

Les vices de l'inscription sont opposables au bon foncier comme au bon hypothécaire, c'est-à-dire lorsque le porteur est de mauvaise foi. Il y a cependant encore une différence sous ce rapport entre les deux titres. Le vice de l'inscription dans un bon hypothécaire est opposable même au tiers de bonne foi s'il l'a acquis à titre gratuit.

4° Si la créance est éteinte la dette foncière peut au lieu d'être radiée être transformée en hypothèque sur soi

1. Il faut cependant faire remarquer que si cette hypothèque avait été concédée à titre onéreux, à un tiers de bonne foi le défaut de cause ne pourrait pas être opposé à ce tiers.

et servir à garantir une autre dette. Elle gardera son rang de première, deseconde etc...

5° Le propriétaire d'un immeuble peut créer d'avance des dettes foncières il ne peut pas prendre d'avance des hypothèques.

— Quels avantages y a-t-il donc à pouvoir prendre des hypothèques (dettes foncières) sur soi-même? On peut en relever trois :

Tout d'abord le propriétaire a ainsi en portefeuille des titres dont il peut disposer instantanément; lorsqu'il a un besoin pressant d'argent il n'est point obligé d'attendre que toutes les formalités de la concession, de l'inscription de l'hypothèque se fassent. N'oublions pas qu'en Prusse l'inscription est un jugement, que le conservateur a le devoir d'examiner les demandes qui lui sont adressée. Celui qui se trouve dans une situation embarrassée a un intérêt immense à pouvoir se procurer de l'argent sur l'heure, il ne peut pas attendre, et le moindre délai peut amener sa ruine. Un commerçant, une personne quelconque peut traverser une crise, avoir un gros paiement à effectuer; il lui est immpossible d'aliéner instantanément une partie de sa fortune immobilière, peut-être aura-t-il grand intérêt à ne point réaliser non plus une partie de sa fortune mobilière. Il lui sera donc précieux de trouver de l'argent en engageant ses immeubles.

Un second avantage de l'hypothèque sur soi est de permettre au propriétaire de mesurer les sûretés qu'il accorde au crédit de son immeuble et à son propre crédit : je m'explique.

Le propriétaire a en portefeuille une première, une

seconde et une troisième hypothèque. Il a besoin d'argent; il peut disposer d'une de ses trois hypothèques, s'il a du crédit, il pourra se contenter peut-être de donner la troisième, de même si les prix des immeubles sont actuellement en hausse. Il gardera donc pour plus tard, pour le moment où les nombreux emprunts qu'il aura faits auront diminué la confiance qu'on avait en lui, la première et la seconde dette foncière.

Enfin un troisième avantage est que le propriétaire foncier peut faire une libéralité sans dépenser actuellement de l'argent.

Il remet au donataire une dette foncière que celui-ci négociera quand il voudra.

— A côté de ces précieux avantages peut-on relever des inconvénients contre l'hypothèque sur soi?

On peut toujours soulever cette antique objection à laquelle nous avons tant de fois répondu: le gaspillage des fortunes, une facilité donnée à celui qui veut se ruiner! mais elle n'a qu'une médiocre valeur aujourd'hui. Encore une fois la loi n'a pas pour mission de défendre contre lui-même celui qui veut se ruiner à moins qu'elle ne le prenne sous sa protection spéciale comme le prodigue et le fou.

Voilà les différences entre la dette foncière et l'hypothèque: elles découlent toutes de cette idée que celle-ci est accessoire à une créance, que celle-là est indépendante.

Mais le législateur Prussien n'a pas toujours maintenu à ces deux sûretés les caractères logiques qui devaient être la conséquence de leur différence de nature: ces deux institutions ont influé l'une sur l'autre:

Contrairement à la logique des choses, l'hypothèque ne s'éteint que par la radiation, comme la dette foncière et d'autre part les dettes foncières postérieures à celle qui est radiée montent d'un rang, comme pour les hypothèques.

Nous pouvons relever encore deux différences entre le bon foncier et le bon hypothécaire en dehors de la première que nous avons indiquée, qui consiste dans la nature de la sûreté qu'ils confèrent.

1° Le bon foncier peut se transmettre par un endossement en blanc, c'est-à-dire sans désignation du cessionnaire, le bon hypothécaire ne le peut pas. La raison de cette différence est toute simple : c'est que l'hypothèque ne peut se céder qu'avec la créance, et qu'une cession de créance ne peut pas se faire en blanc ; tandis que la dette foncière peut être cédée seule.

2° Le bon foncier fait foi des mentions qu'il contient contre le registre foncier : ce privilège n'existe pas pour le bon hypothécaire.

— Le bon foncier est-il le titre hypothécaire qui réponde le mieux aux besoins du crédit?

Il a des avantages :

La circulation en est facile ; dans la forme d'abord car un simple endossement en blanc suffit ; dans le fond : car, comme on ne peut pas opposer au porteur les causes de nullité de l'obligation, le cessionnaire ne sera pas obligé d'examiner si la créance du cédant est valable ou non.

Un second avantage consiste en ce que le propriétaire qui a payé peut au lieu de faire radier sa dette foncière

la transformer en hypothèque sur soi et par conséquent conférer à un nouveau créancier une sûreté préférable à celle de créanciers antérieurs.

Troisième avantage : faculté pour le propriétaire de créer des hypothèques d'avance et de les accorder dans l'ordre qu'il juge le plus utile à ses intérêts. Nous avons montré combien ce droit était précieux.

Mais en revanche la conception abstraite d'une hypothèque absolument indépendante de la créance n'est heureuse ni en théorie ni en pratique.

En théorie cette distinction entre le propriétaire et l'immeuble est absolument factice. Il n'est pas vrai de dire que c'est l'immeuble seul qui emprunte, que l'argent n'est prêté qu'à lui seul, que lui seul est tenu de le rendre. Rien ne prouve même que le prêt consenti profitera à l'immeuble engagé.

En pratique la dette foncière n'est pas meilleure. Le capitaliste n'aimera pas à prêter à un emprunteur, si cet emprunteur ne s'engage pas sur tous ses biens à le rembourser. L'hypothèque est une sécurité de plus pour le prêteur, elle ne doit pas être sa seule chance de remboursement.

La dette foncière n'a d'ailleurs pas réussi en Prusse.

3°. — *Les handfesten de Brême.*

Nous nous trouvons ici en présence d'une des conceptinns les plus curieuses qui existent entre toutes les législations de l'Europe : la *handfeste* de Brême,

Elle a été imaginée au moyen âge pour la ville de Brême, et aujourd'ui encore la *handfeste* constitue la seule sûreté réelle que connaisse la législation de cette ville.

Mais avant d'entrer dans l'étude de la *handfeste*, disons quelques mots du régime foncier de Brème.

Les principes germaniques y sont appliqués. Un registre foncier où chaque immeuble a sa feuille portant un extrait du titre de propriété, une description du fonds et de toutes les charges qui le grèvent, le nombre et le chiffre des *handfesten* qui ont été crééees. Point d'hypothèque légale sauf cependant pour les mineurs et interdits un droit de gage général sur les meubles et immeubles du tuteur, mais ce gage général ne vient sur les immeubles qu'après les *handfesten*.

La publicité des charges de la propriété foncière est donc assurée. La terre peut avoir du crédit : examinons maintenant l'instrument de ce crédit.

— Nous commencerons par donner une description de la forme pour ainsi dire physique de la *handfeste* et du mécanisme de sa création et de sa circulation, nous chercherons ensuite à déterminer ses caractères juridiques, naus examinerons enfin quelle est son utilité, quelle est sa sphère d'application quel est l'avenir qui lui est réservé.

La *handfeste* est une feuille de papier sur laquelle est inscrit :

« *Handfeste* de 5000 marcs après 1000.

« La commission foncière de Brême atteste par les « présentes que X... a créé sur son immeuble situé à.... « une *handfeste* de 5000 marcs. Les présents lui sont « remis à ce titre.

« Fait à Brême le...... »

On indique donc simplement qu'une *handfeste* a été créée sur tel immeuble et qu'elle a tel numéro d'ordre. La *handfeste* se transfère de la main à la main :

Que signifie le numéro d'ordre : 5000 après 1000, dans notre hypothèse, cela veut dire qu'au moment de la réalisation, le porteur de notre *handfeste* ne sera payé sur le prix de l'immeuble que lorsque le créancier *handfestarique* de 1000 sera désintéressé.

Trois *handfesten* par exemple sont créées sur un immeuble : une de 1000, l'autre de 5000, la troisième de 3000 : sur la première *handfeste* on met : « *handfeste* de 1000 » sur la seconde « *handfeste* de 5000, après 1000, » sur la troisième « *handfeste* de 3000 après 6000. »

Abordons l'étude du mécanisme des *handfesten*. Et d'abord le rouage principal, la commission foncière.

Cette commission foncière est une délégation du tribunal de Brême. Elle est chargée de la tenue des registres fonciers, des inscriptions de droits réels, elle crée les *handfesten* et elle les annule, elle exécute les ventes forcées et elle repartit le prix entre les créanciers : elle est la cheville ouvrière de toute cette organisation : elle est chargée de toute la publicité « elle doit faire connaître aux tiers les mutations de propriété, les ventes forcées etc... et elle a pour cela un journal d'annonces que tout le monde à Brême lit, et qu'elle rédige. Ce journal est : les « *Bremer nachrichten* » : il contient l'énumération des immeubles dont la vente par expropriation forcée est sur le point de se faire, des immeubles dont l'aliénation se

prépare, des immeubles qui viennent d'être acquis, des handfesten delivrées au propriétaire.

Tout propriétaire peut prendre sur son immeuble, des *handfesten* autant qu'il veut : il s'adresse à la commission foncière : celle-ci examine si le requérant est propriétaire, s'il existe des droits réels inscrits sur l'immeuble et elle publie à deux reprises la demande dans son journal d'annonces.

Si quinze jours se passent sans qu'il soit fait d'opposition la commission crée les *handfesten* et les remet au propriétaire ; ces *handfesten* datent du jour de la demande et aucun droit qui n'aurait pas été inscrit avant ou qui ne le serait pas dans le délai pendant lequel est faite la publicité ne sera opposable à la *handfeste :* mais ces *handfesten* ne viennent pas entre elles sur le même rang comme les cédules : elles ont un numéro d'ordre.

S'il se produit des oppositions le débat est porté devant les juges compétents, et la commission suspend la création des *handfesten* jusqu'à ce qu'on lui apporte main levée des oppositions.

La *handfeste* est créée : elle va circuler : elle peut se transmettre de la main à la main ; mais en général on rédige un écrit comme preuve du consentement des parties.

L'échéance arrive ; cette échéance n'est pas fixée d'avance à Brême comme d'ailleurs dans le reste de l'Allemagne. Aucune date de remboursement n'est précisée, mais le créancier peut réclamer au débiteur son argent quand il le veut à condition de prévenir le débiteur six mois d'avance ; l'échéance arrive et le créancier n'est pas payé.

La commission foncière intervient de nouveau ; c'est elle qui préside à la vente de l'immeuble engagé.

Le créancier prouve sa créance par titre, par l'aveu du débiteur ou par serment; la commission ordonne la mise en vente.

Trois publications sont faites dans le *Bremer Nachrichten* à huit jours de distance. Huit jours après la dernière, les oppositions ne sont plus recevables.

Tous ceux qui ont des droits quelconques (*handfesten*, servitude, etc...) à faire valoir doivent se faire inscrire avant l'expiration du délai ; passé ce jour il y a purge complète. Tous ceux qui ont des droits sur les immeubles doivent donc lire avec attention le *journal de la Commission foncière*, pour ne point être exposés à les perdre.

Mais il faut indiquer un tempérament à cette règle rigoureuse en disant que le créancier peut éviter tout danger simplement en faisant inscrire sa *handfeste*. La *handfeste* n'est pas soumise à l'inscription en ce sens que l'incription n'est pas une formalité constitutive de la *handfeste* elle n'est pas obligatoire pour le créancier.

Cela se conçoit facilement car les *handfesten* sont le seul mode d'engagement des immeubles et chacune porte sur elle-même l'indication de son numéro d'ordre ; le porteur sait donc à première vue à quel rang, après quelle somme vient son titre.

Mais l'inscription est très utile pour le cas de la vente; Le créancier dont la *handfeste* ne sera pas inscrite ne sera en effet averti de la vente que par le journal de la commission foncière; celui au contraire qui aura fait inscrire son droit sera prévenu par un avis personnel.

La vente est alors faite au dernier et plus offrant enchérisseur et le prix est distribué aux créanciers par les soins de la commision foncière.

Qu'est ce que la *handfeste* au point de vue juridique: Elle n'est ni une hypothèque ni une dette foncière: En effet elle n'est pas un droit qu'on a contre un immeuble, elle est au contraire la représentation d'une partie d'immeuble. Par une hypothèque, par une dette foncière un immeuble est tout entier affecté au paiement d'une dette, par la *handfeste* une portion divise d'un immeuble est seule mais est entièrement affectée au paiementde la dette.

Je m'explique: lorsque trois hypothèques sont inscrites sur un fonds, ce fonds tout entier garantit chaque dette; la première sera payée avant la seconde, la seconde avant la troisième, mais toutes auront le droit d'être payée sur l'immeuble une fois les hypothèques antérieures désintéressées. Si le premier créancier est payé les deux autres montent d'un rang.

Il n'en est pas de même pour la *handfeste*. Je suppose trois *handfesten* de 5000. Le porteur de la première n'est créancier que de 3000.

L'immeuble est vendu 14000 francs. D'après la théorie rigoureusement appliquée, le premier créancier tout en ne touchant que 3000 figurerait pour 5000, le second créancier figurerait également pour 5000, le troisième créancier ne toucherait donc que 4000. Les 1000 qui restent devraient êtres distribués aux créanciers chirographaires.

La jurisprudence a dérogé à ces règles. Elle admetque les sommes excédantes que les premiers créanciers *hand-*



festariques ne toucheraient pas seraient employées à désintéresser les derniers créanciers *handfestariques*.

En second lieu la *handfeste* qui rentre aux mains du propriétaire peut de nouveau être mise en circulation.

La *handfeste* est en somme un moyen de donner un immeuble en gage. L'immeuble est représenté sur un titre mobilier, la détention de ce titre donne un droit sur l'immeuble.

La *handfeste* est un titre accessoire : on ne la détient à juste titre qu'en vertu d'une créance contre le propriétaire de l'immeuble.

Elle ne circule qu'avec la créance, mais le simple consentement suffit pour que le transport ait lieu : en fait, on rédige toujours un écrit mais simplement comme preuve du consentement.

— Le régime des *handfesten* réussit fort bien à Brême, M. Challamel qui a été l'étudier sur place, fait l'éloge de la situation du crédit foncier dans ce petit pays ; « les « placements hypothécaires sont nombreux et sûrs, les « frais d'actes sont aussi minimes que possible, le mou- « vement et la vie circulent dans ces titres si clairs ; la « plupart des citoyens possèdent en propre leur maison « et nulle part la propriété immobilière n'est plus en « crédit. »

— Il est incontestable que la legislation des *handfesten* ne fonctionne très bien à Brême, mais il est difficile de s'imaginer l'établissement d'un pareil régime dans un plus grand pays. Sans doute dans le petit cercle ou elle évolue la commission foncière arrive à créer les *handfesten* et à les faire payer à l'échéance sans que les inté-

rêts des tiers soient lésés, mais il faut pour que le mécanisme fonctionne que tous les intéressés lisent à un jour donné, un même journal, et que les annonces à faire connaître au public soient assez peu nombreuses pour que matériellement il soit possible de les découvrir dans le journal.

Transportez la commission foncière avec son journal en France, comment viendra-t-elle à bout de sa tâche? Comment un journal serait-il capable de faire au public toutes les communications nécessaires.

Nous n'insistons pas ; on comprend que ce qui peut réussir dans une ville d'Allemagne, peut-être impraticable pour un grand pays.

Mais ce que nous attaquons ici c'est uniquement le mécanisme imaginé par la législation de Brême pour mettre en pratique le système des *handfesten*.

Pour ce qui est du titre lui-même, de la *handfeste* nous sommes d'un avis diamétralement opposé. Nous avons fait l'éloge des cédules hypothécaires lorsque nous en avons parlé, nous ferons également l'éloge de la *handfeste*. Actuellement, en Europe, aucun titre hypothécaire n'est mieux fait pour remplir le rôle qui lui est dévolu comme instrument de crédit

— La *handfeste* et la cédule ont comme on a pu le voir une grande ressemblance l'une avec l'autre. L'une et l'autre portent une véritable hypothèque qui n'a point le défaut de la dette foncière si peu pratique, et si abstraite ; l'une et l'autre peuvent se créer sans l'intermédiaire des notaires, peuvent être prises d'avance, et circulent facilement à peu de frais.

La cédule, la *handfeste* nous paraissent être le type le mieux compris du titre hypothécaire : c'est là véritablement une hypothèque mobilisée, l'hypothèque délivrée des entraves qui l'empêchent de se céder l'hypothèque façonnée de manière à pouvoir se transmettre facilement.

Il ne faut à notre avis adopter entièrement ni le régime de la loi de Messidor an III, ni le régime de Brême, mais il est possible de trouver un système intermédiaire participant de l'un et de l'autre, ayant les avantages et évitant les inconvénients de chacun.

Par exemple : les cédules ont le tort de dater toutes de la même époque, c'est-à-dire de ne pas être classées, de ne pouvoir être émises qu'en nombre limité par une évaluation de la propriété, de ne point porter intérêt. Rien de plus simple que de leur donner comme aux *handfesten* un numéro d'ordre, que de laisser au propriétaire la liberté d'en créer tant qu'il voudra, comme cela existe pour les *handfesten*, enfin de leur faire porter intérêt.

Nous ne pouvons pas ici entrer dans le détail des meilleurs procédés à employer pour la création et la circulation des cédules, c'est au législateur que ce soin incombe. Mais nous croyons que le type de la cédule est plus apte que tout autre à se plier aux exigences du crédit.

Nous ne faisons d'ailleurs en émettant cette opinion que nous ranger à l'idée d'hommes éclairés, qui ont étudié sous toutes ses faces la question de la mobilisation du crédit foncier et c'est à l'abri de leur autorité que nous nous permettons cette affirmation.

« Ne pourrait-on concevoir un moyen de créer à l'a-

« vance un titre hypothécaire, dit M. Challamel (1), qui « précède la créance elle-même et permette au proprié- « taire d'y recourir sans délai lorsqu'il aura besoin de « crédit ?

« Rien de plus simple. Il suffit de donner au proprié- « taire la faculté de prendre inscription en son propre « nom sur le feuillet de l'immeuble : en échange, le con- « servateur lui remettra un titre, des cédules ou certifi- « cats authentiques d'inscription, faisant connaître d'une « manière précise le chiffre des sommes garanties par « chacune d'elles et le rang hypothécaire qu'elles occu- « pent.

« Supposons un immeuble déjà grevé d'une dette de « 20.000 francs par le crédit foncier, le propriétaire se « fera délivrer par exemple trois cédules l'une de 10.000 « francs et les deux autres de 5.000 francs chacune dans « la forme suivante :

« Cédule n. 1 :	10.000 francs après	20.000 francs.
« Cédule n. 2 :	5.000	30.000
« Cédule n. 3 :	5.000	35.000

« Une fois constituées ces cédules pourront rester en « portefeuille jusqu'au moment où le propriétaire éprou- « vera le besoin de s'en servir. Vienne l'occasion d'un em- « prunt il remettra l'une ou l'autre à son prêteur en même « temps que l'acte de reconnaissance de dette qu'elle a « pour objet de garantir (obligation notariée, billet à or- « dre) — et lui transmettra la propriété de la cédule. »

1. *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques*, Sect. des sciences écon. et sociales, 1886, p. 68.

CONCLUSION.

Il nous reste à nous résumer en deux mots et à conclure.

La terre n'a point le crédit qu'elle doit avoir : une pareille situation a le double inconvénient de priver le propriétaire de ressources dont il a besoin et d'immobiliser un capital important qui pourrait être utilement employé.

Quels sont les moyens de remédier à cet état de choses ?

Avant tout il faut rendre publique la situation juridique des immeubles et pour cela.

1° établir le principe de la légalité ou au moins exiger la publicité de toutes les transmissions de propriété et des droits qui grèvent la propriété.

2° subtituer la publicité réelle à la publicité personnelle.

Ensuite il faudra mobiliser le titre hypothécaire et pour cela.

1° rendre la création de l'hypothèque facile en autorisant l'hypothèque constatée par acte sous seing privé et l'hypothèque sur soi.

2° rendre facile la circulation de l'hypothèque en autorisant la transmission du droit d'hypothèque par l'endossement du titre hypothécaire et en l'assimilant au point de vue des droits de timbre et d'enregistrement aux valeurs commerciales.

Ces deux réformes peuvent s'exprimer en un mot : « autoriser la création de cédules hypothécaires. »

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° L'expropriation pour cause d'utilité publique était admise chez les Romains.

2° Les interdits possessoires n'ont pas été créés par le préteur dans le but spécial de protéger la « *possessio* ».

3° La propriété bonitaire a été créée par le préteur pour le cas où une *res mancipi* avait été simplement livrée par le propriétaire.

4° La propriété bonitaire n'était pas accessible aux pérégrins.

5° La division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* tenait à l'importance différente qu'avaient ces choses au point de vue agricole.

6° La mancipation n'était pas un mode d'acquisition des *res nec mancipi ;* mais elle pouvait quelquefois valoir à leur égard en tant que tradition.

7° Pour qu'il y eut tradition d'une chose, il n'était pas nécessaire que l'*accipiens* touchât cette chose ; il suffisait qu'il y eut possibilité pour l'*accipiens* de faire de la chose ce que bon lui semblait.

8° La servitude était urbaine ou rurale suivant qu'elle

était établie au profit d'un bâtiment ou d'un fonds non bâti.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

1° L'acte portant constitution d'hypothèque peut être passé en brevet.

2° On doit considérer comme valable et obligatoire la clause par laquelle le débiteur d'une obligation civile en la forme notariée s'engage à payer au créancier ou à son ordre. Et l'endossement d'une telle obligation a pour effet d'en opérer le transport non seulement dans les rapports du cédant et du cessionnaire, mais même à l'égard du débiteur cédé.

3° Un créancier hypothécaire peut subroger un tiers à son hypothèque sans lui céder sa créance.

4° La lettre de gage est un titre hypothécaire.

5° L'art. 1385 Code Civil établi une présomption de faute contre le propriétaire d'un animal qui a causé un dommage à un tiers ; cette présomption ne tombe que devant la preuve d'un cas fortuit ou d'une faute imputable à la partie lésée.

6° Pour constituer en gage une créance il faut que le titre soit remis au créancier gagiste.

7° L'usufruitier n'est pas assimilé au locataire au point de vue de la preuve en cas d'incendie.

8° Les créanciers d'un auteur vivant n'ont point le

droit de publier, sans le consentement de cet auteur, une de ses œuvres alors même qu'elle aurait déjà été éditée.

DROIT COMMERCIAL

1° Ce qui caractérise l'action c'est la faculté de la céder sans l'assentiment des autres associés.

2° L'émission d'obligations à lots est une loterie.

3° La disposition des articles 15 et 45 de la loi du 24 Juillet 1867, punissant des peines de l'escroquerie ceux qui, par la publication de mauvaise foi de faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements, ne s'applique pas aux obligations.

ÉCONOMIE POLITIQUE

4° La valeur de l'unité monétaire est en raison inverse de la masse de la monnaie.

Vu par le Président,
Ch. LYON CAEN.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

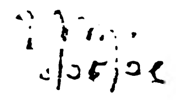
Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

Imprimerie des Ecoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, PARIS.



Imp. des Écoles, Henri Jouve, 23, rue Racine, Paris.

